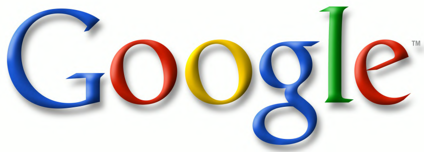
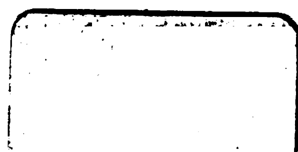








ANNALI DELL' UNIVERSITÀ DI PERUGIA

PUBBLICAZIONI PERIODICHE

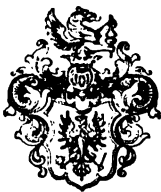
DELLA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

NUOVA SERIE

Volume IX. — Fascicolo 1.°

(Delegato per la pubblicazione il prof. O. Scalvanti)



PERUGIA
UNIONE TIPOGRAFICA COOPERATIVA
(GIÀ DITTA BONCOMPAGNI)
1899

SOMMARIO

ANNALI DELL' UNIVERSITÀ DI PERUGIA

PUBBLICAZIONI PERIODICHE

DELLA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

NUOVA SERIE

VOLUME IX. — ANNO 1899

(Delegato per la pubblicazione il prof. O. SCALVANTI)



PERUGIA
UNIONE TIPOGRAFICA COOPERATIVA
(GIÀ DITTA BONCOMPAGNI)
1899

INDICE DEL VOLUME IX.

ANNO 1899

LA FORZA OBBLIGATORIA

DELLA

CONSUETUDINE

CONSIDERATA

NELLE SUE BASI SOCIOLOGICHE E GIURIDICHE

PEL

Prof. VINCENZO MICELI

INTRODUZIONE.

§ 1. — Un problema che, secondo il nostro modo di vedere, non è stato ancora ben posto e ben risoluto dai filosofi del diritto, è la forza obbligatoria della consuetudine giuridica, considerata nella sua origine e nella sua natura.

Questo problema, come ben conoscono i cultori delle discipline giuridiche, è di una importanza capitale, poichè ad esso direttamente o indirettamente si connette una quantità di altre questioni attinenti alla genesi, alla evoluzione e ai caratteri distintivi della norma giuridica. Onde crediamo non essere cosa infruttuosa il sottoporre a nuovo esame e a nuova analisi le teorie finora sostenute in proposito, vagliarne le ragioni pro e contro, per poi esporre la teoria che crediamo sola capace di spiegare nel modo più completo un tale problema, insieme con gli altri che ad esso in qualche modo si collegano.

Anche quando una tale teoria dovesse venire giudicata inesatta, incompleta o non rispondente in tutto o in parte alla realtà obbiettiva del fenomeno, una tale discussione può riuscire sempre in qualche modo proficua, se non altro a mettere sempre più in evidenza la difficoltà e la vastità del problema, come la moltiplicità degli aspetti che esso presenta.

§ 2. — Ciò premesso, ci domandiamo subito: in che modo la consuetudine giuridica può acquistare tanta autorità e tanta forza, da assumere il carattere obbligatorio della legge, da dare cioè origine a una norma di diritto positivo?

Perchè, come sappiamo, la consuetudine giuridica non genera soltanto un obbligo morale, ma genera un vero e proprio obbligo giuridico, un obbligo capace di ricevere coazione o considerato come tale. E perchè ciò avvenga, occorre che la consuetudine giuridica acquisti una speciale forza obbligatoria, assuma uno speciale carattere, che valga a mettere a servizio di essa le forze della società (o dello stato) e faccia sorgere la supposizione che quelle forze verranno in appoggio o in difesa di essa contro coloro che la violano. In altri termini, essa dovrà assumere il carattere di un comando proveniente dalla società in genere, o in ispecie, da un superiore politico; comando imperativo che vuole essere obbedito in tutti i casi, quindi che vuol farsi valere con tutti i mezzi coattivi più adatti al raggiungimento dello scopo.

Ora, come può accadere che un rapporto svoltosi fra individui o fra gruppi e senza che la società in genere o lo stato in ispecie siano direttamente intervenuti a costituirlo venga ad assumere un tale carattere, tanto da doversi riguardare:

1.° Come proveniente da una volontà superiore a quella delle persone stesse fra le quali è sorto;

2.° Come capace quindi di assorgere al grado di norma;

3.° Come capace di diventare effettivamente (cioè coattivamente) obbligatorio, attirando a suo favore e a sua difesa le forze della società e dello stato, o facendo sorgere la presunzione che quelle forze potranno, occorrendo il caso, invocarsi a difesa di esso?

§ 3. — La cosa infatti non può non sembrar strana a chi per la prima volta, senza preconcetti e senza abitudini mentali acquisite, si mette a meditare sul fenomeno.

Una consuetudine in fondo non è altra cosa che una serie di precedenti, serie più o meno lunga secondo i casi, alle volte ridotta anche ad un caso solo. Ora, da questi precedenti ven-

gono fuori a poco a poco il sentimento e l'idea che ciò che si è fatto una volta, o due, o tre, ecc. si *deve* fare anche per l'avvenire; e si *deve* fare, non solo perchè la coscienza impone di farlo, ma perchè può venire imposto dalla società o dallo stato; perchè la coscienza in proposito può essere muta, o indifferente, o magari contraria, trattandosi qui di un obbligo giuridico, che sebbene in genere coincida, può qualche volta non coincidere o essere del tutto in contrasto con un corrispondente obbligo morale.

Come è che si origina questo *deve* nella coscienza e nella comune convinzione? Come è che i fatti passati possano assorgere a norma per l'avvenire, possano diventare un comando di fare per un tempo indefinito, di *ripetere* quello che si è fatto una o più volte per il passato? E possano diventare un comando, non solo per le persone stesse che hanno operato in quel dato modo, ma anche per tutti quegli altri che potranno ritrovarsi nelle medesime condizioni? E non un comando proveniente solo dalla volontà del gruppo d' individui, fra i quali la consuetudine è sorta, ma anche come un comando proveniente dalla società in genere o da quegli organi che hanno la facoltà di mettere a servizio della norma la forza effettiva, la materiale coazione?

Si tratta indubbiamente di un fenomeno assai curioso, di un processo assai delicato e sottile, di una di quelle trasformazioni di forze morali così maravigliose e misteriose di cui non si ha forse esempio o adeguato riscontro fra le più complicate composizioni e trasformazioni delle forze fisiche.

Ed è anche una trasformazione assai importante, però che per mezzo di essa il diritto può emanare direttamente dalla coscienza sociale, essere un' espressione spontanea ed adeguata dei bisogni e delle condizioni della convivenza e costituirsi senza l'azione intermediaria degli organi dello stato.

La sua importanza è certo massima quando questi organi non si sono ancora costituiti o funzionano irregolarmente, quindi per tutto un lungo periodo nella evoluzione del diritto; ma questa importanza non viene meno quando si costituisce in modo de-

finitivo e funziona regolarmente un organo legislativo, incaricato di formulare il diritto e quindi di concentrare ed esercitare con piena coscienza quella funzione prima diffusa in tutto l'aggregato e da questo esercitata in modo semi-cosciente. Anche in questo caso la consuetudine continua a far valere la sua influenza, specialmente in quelle parti del diritto che, per la loro natura, si sottraggono all'azione degli organi legiferanti o non possono da questi venire interamente ridotti al loro dominio.

§ 4. — La trasformazione cui qui accenniamo acquista anzi allora un carattere più curioso e più inesplicabile.

E invero, fino a che non esisteva nello stato, o, per meglio dire, nella società, una distinzione fra organi legiferanti e organi non legiferanti, o, per meglio dire, fino a tanto che la funzione di elaborare e formulare il diritto veniva esercitata indistintamente da tutta la convivenza, non poteva sembrare così strano quel processo di trasformazione per cui uno o più precedenti vengono a costituire una norma.

Allora non si poteva avere chiara coscienza di una regola astratta, staccata dai fatti e dai precedenti, onde era stata suggerita. Come aveva bene osservato il Maine, quando le idee sono poche e confuse gli uomini non sanno ancora distinguere fra ciò che fanno e hanno sempre fatto e ciò che debbono fare; e inoltre le norme che si venivano mano mano costituendo erano su per giù tutte della stessa natura o apparivano tali, essendo il processo di formazione delle norme giuridiche assai simile, e possiamo anche dire identico a quello con cui si generavano le altre norme della vita in comune.

Ma a misura che i processi di formazione e le categorie di norme si venivano specificando e sorgevano organi appropriati per la determinazione di ciascuna, la trasformazione del precedente in norma giuridica doveva a poco a poco apparire in tutta la sua peculiarità. Fino a che poi, col sorgere di appropriati organi legislativi, essa non può non presentarsi quale una anomalia, che ha bisogno di essere giustificata e difesa. E la sua difesa e l'esame della sua specifica natura diventano tanto più necessari, quanto più la funzione legislativa si va concen-

trando, come accade appunto nei moderni stati civili [1], poichè allora la trasformazione di cui ci occupiamo apparisce come un processo sempre più diametralmente opposto a quello che si opera in seno degli organismi politici.

Così, il concentrarsi della funzione legislativa significa che il còmpito di elaborare e di dichiarare il diritto debba essere affidato a un numero ristretto di persone e di persone sempre più determinate in modo preciso, e che inoltre debba essere adempiuto con un sistema di prescrizioni alla sua volta sempre più precise e determinate. La trasformazione del precedente in norma significa invece che quel còmpito possa essere abbandonato a un numero grande di persone e di persone indeterminate e disperse, a così dire, in seno della convivenza e possa compiersi senza un metodo certo e prestabilito. Il primo implica che la società ha delegato il còmpito di esprimere la sua coscienza giuridica e di trasformarla in giuridica volontà; la seconda implica che la società vuole serbare per sè questo còmpito.

E allora come si concilia la coesistenza di questi due còmpiti, rivolti in fondo al raggiungimento del medesimo scopo?

Quando si tratta del potere legislativo si può sempre supporre, e la supposizione può sembrare pienamente razionale, che esista a favore di quei dati organi una delegazione espressa o tacita della società tutta. La stessa esistenza degli organi per mezzo dei quali si estrinseca quel potere fa già supporre che la convivenza implicitamente riconosca la legittimità della loro funzione. Ma appunto perchè una tale delegazione può apparire pienamente ragionevole in questo caso, deve apparire meno ragionevole se non addirittura assurda nell'altro caso, quando cioè si tratta d'individui sparsi, non determinabili, che non esercitano ufficialmente e permanentemente un còmpito giuridico.

Perchè i precedenti generatisi dai rapporti fra individui debbano assorgere a una norma formalmente della stessa natura di quelle che provengono dal potere legislativo? In che modo si può supporre che la società abbia delegato o deleghi conti-

---

[1] Si veda il mio scritto sul *Gabinetto*. — Perugia, 1894, cap. VIII.

nuamente ad individui sparsi quei medesimi poteri che delega agli organi espressamente costituiti per adempiere la funzione di formulare le norme giuridiche?

E a misura che l'evoluzione dello stato procede, maggiormente si accentua il concetto che la funzione legistativa non sia che una delegazione della collettività e per conseguenza più diventa assurdo l'altro concetto che la funzione legislativa, possa essere eventualmente esercitata da altre persone, a favore delle quali una tale delegazione non può dimostrarsi nello stesso modo o non apparisce con la medesima evidenza.

§ 5. — A causa di queste evoluzioni nel concetto dello stato e dei pubblici poteri e a cagione di questi contrasti, che si fanno mano mano più vivi; la soluzione del problema in esame diventa più ardua, mentre diventa sempre più evidente il fatto che la forza obbligatoria della consuetudine debba essere in fondo della medesima natura della forza obbligatoria della legge e debba ricercarsi nella medesima fonte originaria; in senso diverso non sembra possibile una soluzione rispondente alla realtà del fenomeno.

Solo pensando che si tratta in fondo di una medesima forza, che dà origine a due diverse manifestazioni apparentemente in contrasto, si può giungere a una soluzione che concili ciò che sembra inconciliabile e armonizzi i due aspetti del diritto considerati finora in opposizione.

Ma, prima di svolgere l'opinione nostra, vediamo quali siano le soluzioni proposte e quale sia l'ordine d'idee che, a tal riguardo ha finora prevalso nelle menti dei giuristi e dei filosofi del diritto.

CAPITOLO I.

Le varie opinioni intorno alla causa della forza obbligatoria della consuetudine.

§ 6. — Le teorie che cercano di spiegarsi la forza obbligatoria della consuetudine possono dividersi in due grandi categorie, una delle quali si appoggia allo stato, o più propriamente agli organi per mezzo dei quali la sovranità politica si estrinseca, l'altra si fonda invece sulla coscienza della collettività e più propriamente sulla convinzione del popolo, dal quale lo stato è costituito.

Cominciando dalla prima, troviamo che l'opinione più diffusa fra i vecchi giuristi e che pareva avere anche un qualche fondamento nei testi del diritto romano, era quella di spiegare la forza obbligatoria della consuetudine con la presunzione di un tacito consenso da parte del legislatore. Questa scuola già vedeva che la consuetudine dovesse avere il medesimo fondamento giuridico della legge, ma non sapendo assorgere ad un principio e a un fondamento superiore, in cui potessero mettere capo le due fonti, si contentava di riportare la consuetudine alla fonte formalmente più incontestabile e più chiara. La consuetudine quindi riceveva la sua forza obbligatoria da quella stessa volontà che rendeva obbligatoria la legge; soltanto che quella volontà si esprimeva in modo esplicito ed aperto quando si trattava della legge, si esprimeva in modo tacito ed implicito quando si trattava della consuetudine. Qualche scrittore ammetteva anche rispetto alla consuetudine un riconoscimento espresso del legislatore, così, ad esempio, troviamo nel Pütter: « vis consuetudinis est in legislatoris sive tacite sive expresse declarata voluntate »; ma veramente in questo caso non si può più parlare di consuetudine nel senso tecnico della parola.

Questa teoria dei vecchi giuristi rivive e prende nuovo vigore nella dottrina di Austin e della sua scuola.

Per Austin infatti la forza obbligatoria della consuetudine

non è diversa dalla forza obbligatoria della legge, anzi essa è identica e deve essere identica, essendo che il diritto non può scaturire che da una sola e medesima fonte, il comando di un superiore politico o di un sovrano. Quindi la consuetudine (legge consuetudinaria, *costumary law*) è imperativa nel vero significato della parola.

Da principio essa è una norma di condotta che i governanti osservano spontaneamente, cioè, non in obbedienza di un comando imposto da un superiore politico. Ma in questo stadio essa non costituisce ancora un diritto positivo: diventa invece tale solo allorquando viene come tale adottata dal potere politico, sia espressamente, per mezzo degli statuti, sia implicitamente, per mezzo delle decisioni delle corti di giustizia rese obbligatorie dal potere dello stato.

In quest'ultimo caso il comando del sovrano si manifesta in modo indiretto. Una norma di legge infatti accettata da un corpo giudiziario è in effetto una legge emanata dal sovrano. E in vero, un giudice subordinato o soggetto non è che un semplice ministro del sovrano. Le leggi che egli fa, derivano la loro forza legale dall'autorità dello stato: un'autorità che lo stato può conferire espressamente, ma che comunemente impartisce per via di acquiescenza. In altri termini, il comando del sovrano, come qualunque altra manifestazione di un desiderio, può essere espresso o tacito. Se viene manifestato con parole (scritte o parlate), il comando è espresso; se viene manifestato con la condotta (o per mezzo di altri segni che non sono parole) esso è tacito.

Ora, quando le consuetudini vengono trasformate in norme legali dalle decisioni dei giudici, le norme che emergono dalle consuetudini sono taciti comandi del sovrano potere legislativo. Lo stato, che è capace di abolirle, permette ai suoi ministri di applicarle e di farle obbedire e manifesta quindi il suo consentimento con la volontaria acquiescenza (1)

---

(1) *Lectures on jurisprudence.* — London, 1883, pagine 19 e 20.

Tutta questa dottrina può compendiarsi nella frase: « ciò che il sovrano permette egli lo comanda »; e siccome permette la consuetudine, così comanda la norma che da essa scaturisce, come comanda tutte le leggi.

§ 7. — Abbiamo cercato di formulare la teoria dell'Austin possibilmente con le sue stesse parole, poichè questa scuola, come in genere tutte le scuole formaliste, danno una grande importanza alla loro propria tecnologia.

Questa teoria è fondata sulla completa ignoranza del processo formativo della consuetudine e quindi del modo come la consuetudine si rende obbligatoria. Del resto ciò era una conseguenza inevitabile dato il punto di partenza da cui quella scuola si era collocata.

Il punto di vista formalista doveva far perdere il senso della realtà e quindi doveva condurre a trascurare la base effettiva del rapporto giuridico. La consuetudine è una formazione organica indipendente da ogni intervento per parte dello stato; essa viene elaborata spontaneamente in seno della collettività e lo stato non concorre, nè in modo diretto, nè in modo indiretto, alla sua formazione e quindi alla costituzione della sua forza obbligatoria. Quantunque lo stato possa rinvigorire questa forza, essa non si crea per opera dello stato, ma sorge con la stessa consuetudine. La forza obbligatoria della consuetudine è una cosa intimamente connessa con la stessa consuetudine, è un elemento essenziale della sua entità. Senza la forza obbligatoria, la consuetudine non sarebbe consuetudine giuridica, per cui se si ammette che la volontà di un superiore politico crei quella forza obbligatoria, si viene implicitamente ad ammettere che esso crei anche la consuetudine; ma una consuetudine creata dal volere del superiore politico implica una contradizione in termini.

Inoltre, il principio che ciò che il sovrano tollera lo comanda, è per sè stesso assai inesatto e riesce poi del tutto inapplicabile nel caso attuale.

È inesatto per sè stesso, perchè non vi è, nè può esservi alcuna connessione tra la tolleranza e il comando. La tolle-

ranza, per sua natura, non può implicare mai il comando, poichè la tolleranza è un atto puramente passivo, il comando è invece un atto eminentemente attivo: chi tollera, sopporta che una qualche cosa si faccia, astrettovi da una qualche necessità; chi comanda, esplica invece la sua volontà nel modo più deciso, *vuole* che quella data cosa si faccia. Onde per essere vera in sè stessa, quella frase deve mutarsi in quest' altra: ciò che il sovrano tollera, lo permette.

Applicata al caso nostro implicherebbe che il superiore politico permette tutte le consuetudini che tollera; ma se le permette, non significa che esso presti a quelle una qualche forza obbligatoria, significa che esso lascia che le consuetudini estrinsichino quella forza obbligatoria onde sono naturalmente dotate.

Ma quel principio, non solo non è vero in sè stesso, ma parte da un presupposto che non è poi comprovato dai fatti, per cui anche se, astrattamente considerato, fosse vero in sè stesso, non sarebbe poi vero quando se ne tentasse l' applicazione. Infatti, se vogliamo sostenere che le consuetudini ricevano tutta la loro forza obbligatoria dalla tolleranza del sovrano, dobbiamo cominciare con ammettere che il sovrano sia a conoscenza di tutte le consuetudini in vigore in uno stato: per tollerare è necessario di conoscere ciò che si tollera. Onde le consuetudini non conosciute dal sovrano, non sarebbero obbligatorie.

Ma come si fa allora per sapere se il sovrano ha avuto oppur no conoscenza di una data consuetudine? Vedere se egli l' ha trasformata in legge? Ma allora si esce dalla questione, poichè la consuetudine trasformata in legge non è più consuetudine. Vedere se i tribunali l' hanno applicata? Ma allora ci troviamo di fronte ad altre obbiezioni non meno gravi. Perchè ammettendo come vero questo punto di partenza, si deve ammettere che la consuetudine non abbia forza obbligatoria se non quando le corti di giustizia abbiano avuto occasione di applicarla, quindi di riconoscerla come tale. Invece vediamo nel fatto che la consuetudine ha forza obbligatoria indipendentemente dai giudicati delle corti di giustizia, non solo in tutto quel pe-

riodo storico, durante il quale vere e proprie corti di giustizia ancora non esistono, ma anche nel periodo in cui dette corti funzionano regolarmente. I giudicati di queste corti possono rinforzare l'autorità della consuetudine, ma non possono determinarla. Esse stesse, quando applicano la consuetudine, non fanno che obbedire all'autorità da questa acquistata indipendentemente dal loro intervento; e infatti, non si comportano nel modo medesimo di fronte a una consuetudine certa e autorevole e di fronte a una consuetudine incerta e in via di formazione. Esse applicano la prima come una norma indiscutibile, simile alle norme che provengono dalla volontà espressa del legislatore, quando pure non accordino a quella maggiore rispetto. E se applicano la consuetudine come applicherebbero una legge, è chiaro che esse obbediscono alla sua forza obbligatoria, non la creano.

Il linguaggio stesso poi che adopera l'Austin, dimostra il concetto poco chiaro che egli aveva dell'organismo dello stato moderno e della forza obbligatoria della consuetudine. È vero peraltro che ciò che può sembrare poca chiarezza di concetti può essere anche conseguenza della logica inesorabile del sistema, cui quella scuola era informata. Ad ogni modo, quando l'Austin parla di un comando tacito che il sovrano impartisce per mezzo dei giudici suoi ministri, disconosce la specialità della funzione giudiziaria negli stati civili. Il sovrano cioè non può impartire ai giudici altro comando tacito che quello di applicare le leggi. Qualunque altro comando sarebbe contrario al principio della divisione dei poteri, quindi illecito o inconstituzionale, come diciamo oggi, e per conseguenza dovrebbe essere almeno chiaramente espresso per avere forza obbligatoria.

Ma non occorre insistere più a lungo su ciò. Il concetto che l'Austin si fa del sovrano è un concetto meccanico-formalista, che non risponde più ai concetti moderni e all'effettivo ordinamento degli stati.

Contro poi i giuristi delle vecchie scuole che si fondavano a preferenza sul consenso tacito del legislatore, rimane sempre l'obbiezione mai risoluta: come si fa a provare un tale con-

senso e come si fa a conoscere quando esso ha avuto luogo? E una tale obbiezione non diminuisce d'importanza di fronte ai moderni regimi, anzi diventa sempre più grave e insormontabile. Quando infatti i diversi organi dello stato non si erano specificati nei loro caratteri e nelle loro attribuzioni e l'organismo politico era ancora confuso con l'organismo sociale, la presunzione che il potere legiferante (o gli organi che cominciavano ad esercitare una tale attribuzione) accettasse la consuetudine con tacito riconoscimento, poteva avere un qualche fondamento di realtà e poteva trovare in qualche fatto l'apparenza della giustificazione. Ma nei moderni stati civili, nei quali il potere legislativo si è nettamente specificato e concentrato in determinati organi e la funzione legislativa si svolge secondo un procedimento complicato di regole e di forme dirette a garantirne la regolarità, una tale presunzione diventa addirittura assurda o conduce alle stranezze, cui qualche scrittore si è abbandonato per volerla sostenere [1].

In fine poi, se è uopo riconoscere che la forza obbligatoria della consuetudine è in fondo della medesima natura di quella che presenta la legge (e da ciò forse ebbero origine le affrettate conclusioni della dottrina che critichiamo) non deriva da ciò che la consuetudine debba venir ricondotta alla legge quando si cerca di conoscere in che modo essa diventa obbligatoria. La somiglianza fra la natura delle due categorie di norme può essere prodotta dall'identità della fonte cui entrambe attingono, dalla natura unica del fondamento cui in ultima analisi vengono a basarsi. E questa è la convinzione e la volontà collettiva dell'aggregato, che nella legge si esprime direttamente per mezzo di organi delegati, mentre nella consuetudine si esprime

---

[1] Es. il Mohl, quando ammette che la costituzione del Württemberg possa essere mutata per consuetudine, a condizione che essa venga tacitamente approvata dal Re, dal *Geheimrath* e dai due terzi dell'Assemblea. Al che si potrebbe domandare, se anche con le formalità richieste dai regolamenti parlamentari? — *Württembergisches Stattsrecht*, volume I, pag. 81.

indirettamente e tacitamente per mezzo del fatto. Che se poi ad ogni costo si vuole ricondurre una delle categorie di norme all'altra, non è la consuetudine che bisogna ricondurre alla legge, ma è piuttosto la legge che bisogna ricondurre alla consuetudine, poichè quella delegazione della volontà collettiva, quella concentrazione di poteri in organi speciali è essa stessa un risultato della consuetudine intesa in un senso largo, cioè dell'abitudine creatasi lentamente nelle umane convivenze in forza di certe necessarie condizioni di fatto e quindi di tutto l'insieme delle idee e dei sentimenti, onde fu accompagnata, promossa, influenzata la sua formazione; idee e sentimenti divenuti alla loro volta abituali.

§ 8. — Una forma, diciamo così, attenuata della dottrina che vede la base giuridica della consuetudine nel consenso o nella tolleranza del superiore politico in genere o nel potere legislativo in ispecie, è quella che si fonda sulla presunzione di far valere la consuetudine innanzi alle corti di giustizia. Onde la consuetudine avrebbe forza obbligatoria in quanto si presume che le corti di giustizia siano disposte ad applicarla, anzi vorranno pienamente riconoscerla quando sarà invocata innanzi ad esse. La sua forza obbligatoria risiederebbe adunque in questa possibilità di farsi valere innanzi alle corti di giustizia, come appunto si fa valere la legge.

Questa possibilità di venire o no applicate dalle corti di giustizia o la presunzione circa il modo come si comporteranno le corti di fronte ad esse, costituisce appunto il criterio di distinzione, cui alcuni giuristi inglesi ricorrono, per distinguere le consuetudini giuridiche da quelle non giuridiche, onde risulta la loro costituzione (1).

Questa teoria è evidentemente una filiazione naturale della prima. Solo che è meno logica di essa, perchè non risale alla fonte onde attinge forza obbligatoria, almeno nel fatto, il diritto

---

(1) Vedi, ad esempio, il *Dicey Law of the constitution.* — London, 1893, p. 23.

positivo e deve riguardarsi più che una vera teoria, un criterio pratico di distinzione. E del resto nella teoria di Austin si mostra, come abbiamo veduto, in istretta connessione con la teoria precedente, anzi è come un aspetto o una parte di tale teoria.

Ciò nondimeno può venire analizzata distintamente, anche perchè è innegabile il contributo che d'altra parte possono apportare le corti di giustizia alla formazione o al consolidamento della consuetudine.

Ora, perchè una tale teoria abbia un fondamento sicuro, è necessario ammettere l'altro presupposto, che le corti di giustizia siano o si sentano *obbligate* ad applicare la consuetudine, perchè se la cosa viene rimessa al solo arbitrio dei giudici, non si può più ritenere che il primo presupposto abbia un fondamento certo e che quindi la consuetudine generi una norma obbligatoria. Come posso riguardarmi sicuro o in qualche modo autorizzato a credere che le corti di giustizia applicheranno la consuetudine, quando esse non siano menomamente tenute ad applicarla e possano applicarla o no, secondo meglio credono? Ma, se si ammette che la consuetudine abbia forza obbligatoria anche per le corti di giustizia, la questione della obbligatorietà della consuetudine si ripresenta come nel primo caso, senza avere ancor ricevuto alcuna soluzione.

Lasciando poi da parte questa specie di pregiudiziale, non si potrebbe ammettere che la consuetudine acquisti forza obbligatoria per opera delle corti di giustizia, poichè queste non fanno la legge, ma l'applicano; e perchè possano applicarla, è necessario che la legge già esista, indipendentemente dal loro volere.

Oltre a ciò, vi è una quantità di consuetudini che si sottraggono all'azione delle corti di giustizia, in quanto queste non hanno competenza per giudicare intorno ai rapporti, cui esse si riferiscono. Così, tutti i rapporti che si svolgono fra i pubblici poteri di uno stato o fra i diversi stati, si sottraggono alla competenza delle corti giudiziarie, onde, almeno rispetto alle consuetudini che sorgono in seno di tali rapporti, quella presunzione non può più essere invocata. Ne segue che, o bi-

sogna ritenere incompleta la teoria, o bisogna negare ogni forza obbligatoria a questa categoria di consuetudini. E quest'ultima è infatti la conclusione cui arriva tutta una scuola di giuristi inglesi rispetto alle consuetudini costituzionali e alle consuetudini internazionali, riguardando le prime come consuetudini di politica e di morale costituzionale, e le seconde, come consuetudini di politica e di morale internazionale.

Se non che in tal modo essi, non solo vengono a disconoscere il lato giuridico della consuetudine costituzionale e l'indole propria della consuetudine internazionale, ma vengono a negare anche l'esistenza di quelle consuetudini pubbliche, il cui carattere giuridico non potrebbe essere disconosciuto neppure da coloro che trasportano nel diritto pubblico i rigorosi criterii del diritto privato. Così, una consuetudine che regoli l'ordine di successione al trono nelle monarchie ereditarie, non è certamente una consuetudine costituzionale nel senso tecnico della parola, perchè non è come questa penetrata da numerosi elementi politici e può quindi assumere una rigorosa precisione giuridica; non pertanto, per l'indole del potere, cui si riferisce, non cade sotto la competenza del potere giudiziario. Dobbiamo allora conchiudere che una tale consuetudine non potrà mai acquistare vera forza obbligatoria?

Finalmente occorre notare che questa teoria, ammesso pure che fosse vera nei rapporti interni, non potrebbe esser vera che in certi stadi dell'evoluzione giuridica, quando cioè il diritto comincia a raggiungere un certo sviluppo e lo stato comincia ad organizzarsi in modo regolare. Per tutto il periodo anteriore, che nella storia dei popoli deve essere stato assai lungo, la teoria non troverebbe applicazione; e pure per tutto quel periodo il diritto, sia pure rudimentale, poggiava quasi tutto sulle consuetudini, e queste non avevano una forza obbligatoria minore di quella che hanno nei popoli civili, anzi tutto fa credere che fossero meglio rispettate. Questa teoria insomma lascia da parte tutto il periodo della genesi del diritto, che è di un'importanza capitale, per fermarsi allo stadio cui esso è attualmente giunto; e si contenta di cogliere di questo soltanto il lato esteriore,

gliere il medesimo diritto, ma forse anche, e più verosimilmente, ne sceglierebbero di molto diversi. Ma è bensì lo spirito popolare, vivente ed operante universalmente in tutti gl'individui, quello che genera il diritto positivo; il quale perciò non a caso, ma necessariamente si rivela unico ed identico alla coscienza dei singoli individui » (1).

Ma che cosa è questo popolo, onde il diritto scaturisce? Più che un aggregato politico esso è un aggregato sociale ed etnico. Esso infatti è un aggregato di uomini *che vivono in società,* che stanno in una comunanza di rapporti intellettuali, i quali, *dall'uso di una lingua comune* vengono attestati, raffermati e sviluppati. È un *complesso naturale,* la cui unità pertanto non impedisce che vivano nel suo seno alcune più ristrette aggregazioni (città, villaggi, corporazioni ecc.) che costituiscono le popolari suddivisioni del tutto.

Si capisce allora come possa sorgere in seno di questo aggregato un modo comune di sentire e di pensare, una coscienza collettiva, da cui più propriamente scaturisce la norma giuridica. La consuetudine è la forma primitiva, più spontanea e diretta che esso assume e per mezzo della quale si rivela. Perciò la sua obbligatorietà non dipende dallo stato, ma dalla convinzione del popolo, dall'*opinio juris.*

Onde questa scuola dà il più ampio sviluppo e concede la più ampia portata al concetto dell'*opinio juris,* che è anche un'*opinio necessitatis,* cioè una convinzione che si debba agire in quel dato modo, perchè quel modo di agire è stato imposto dalla norma proveniente dalla coscienza dell'aggregato.

Questa scuola costituisce certamente un fecondo rivolgimento nelle dottrine giuridiche e richiama queste alla realtà della vita, da cui le teoriche *a priori* e l'eccessivo formalismo le aveva allontanate (2); ma per quanto siano geniali e feconde

---

(1) *Sistema del diritto romano attuale.* — Trad. SCIALOIA. Torino, I, 1886, pagg. 42 e 43.

(2) Chi avrebbe detto che sarebbe uscito da essa un formalismo nuovo e non meno rigido!

le concezioni che porta nel campo di diritto in genere e in ispecie nel modo come intendere la consuetudine, pure non riesce ad una completa spiegazione di essa e della sua forza obbligatoria. Essa porta l'intuito di nuovi elementi, di elementi fondamentali, preziosi nell'analisi del fenomeno, ma li lascia poi inutilizzati, e dà ad essi un'importanza esclusiva, o li isola da tutti gli altri senza vedere in questi il loro completamento; e ciò secondo i casi. Questo risulterà chiaramente da una breve analisi intorno alla sua teoria sulla consuetudine.

Secondo questa scuola adunque la vera base giuridica della consuetudine è la convinzione popolare manifestatasi come *opinio necessitatis;* la consuetudine materiale, cioè la costante ripetizione di certi atti, non è che l'indizio, la manifestazione esterna di quella convinzione. « Dall'uniformità degli atti continui e ripetuti noi riconosciamo la sua comune radice nella coscienza del popolo, il che è opposto al semplice caso. La consuetudine è dunque l'indizio del diritto positivo, non già la sua causa originaria ». In altri termini: « la regola del diritto per mezzo della consuetudine si manifesta soltanto, non si origina, e per conseguenza, fin dal primo atto verificabile, poteva e doveva esistere la *necessitatis opinio* » [1].

Ma come è che questa convinzione giuridica del popolo acquista tale autorità e tanta forza da trasformarsi in diritto positivo? E in che modo l'*opinio juris* diventa un'*opinio necessitatis* ed apparisce come tale già dal primo atto, onde la consuetudine materialmente si manifesta?

Ecco le domande in cui risiede il nocciolo della questione e alle quali la dottrina non sa rispondere. E non rispondendo a queste domande, essa non risolve nulla; non fa che riproporre il problema sotto un altro aspetto, senza indicarci in che maniera possa essere risoluto.

Che cosa è infatti questa convinzione giuridica? È la semplice opinione concorde del popolo o della grande maggioranza di esso? Ma, allora perchè e in che maniera una semplice

---

[1] Savigny, op. cit., pagine 60 e 187.

opinione diventa diritto, si trasforma in consuetudine da tutti accettata come legge? Se nelle opinioni del popolo vi fosse questa innata tendenza a trasformarsi in diritto, perchè le opinioni generalmente accettate non vi si trasformano, ma vi si trasformano alcune soltanto? E perchè in tal caso, alcune vi si trasformano e altre no?

Ci si risponde che questa convinzione non è una semplice opinione pubblica, ma è qualcosa di più profondo, di più radicato, di più stabile? E sia pure, ma con ciò la questione si sposta, non si risolve. In un popolo di credenti vi sono forse opinioni più profonde e più concordi di quelle attinenti alle credenze religiose e al culto della divinità? E pure le forme di culto non diventano sempre consuetudini giuridiche, non danno sempre origine a norme giuridicamente obbligatorie.

Si oppone che non si tratta qui di una convinzione qualunque, ma di una convinzione giuridica, cioè di una opinione profonda intorno a fatti e a rapporti che hanno o sono capaci di assumere carattere giuridico. Ma questa convinzione è pur sempre un fenomeno che si svolge nelle coscienze; per dare origine alla consuetudine occorre che ne esca e si traduca in atto, e dia quindi origine a una norma da tutti considerata come obbligatoria, non moralmente di fronte alla sola coscienza, ma esteriormente, in modo da generare obblighi coattivi e pretese, che eventualmente si possano tradurre in costrizioni e possano invocare e trovare l'appoggio dello stato. Questa *traduzione in atto,* questo passaggio dal campo della teoria nel campo della pratica è ciò che innanzi tutto occorrerebbe di spiegare, dimostrando come si verifica, poichè è precisamente questo il punto essenziale della questione.

Sappiamo infatti che, quantunque il diritto sia anzi tutto una elaborazione della coscienza giuridica del popolo, pure in un dato stadio del suo sviluppo, non tutto il diritto che vive nelle coscienze si traduce in atto. Vi è un diritto che rimane allo stato di convinzione giuridica, che la gran maggioranza di una collettività, se non la collettività tutta intera, riconosce ed afferma come un'aspirazione, un *desideratum,* un diritto che

meriterebbe di essere praticato, e che pure non è ancora praticato, non si osserva come diritto positivo. È un diritto scientifico, constituendo, (noi preferiamo di chiamarlo teoretico) e come tale quindi, non è effettivamente obbligatorio. Bisogna allora distinguere da questo diritto la consuetudine, che pur essa poggia sulla convinzione giuridica; e siccome la consuetudine e il diritto teoretico hanno quel medesimo fondamento, bisogna poter mostrare perchè questo rimanga nel campo della teorica e quella si traduca in atto, producendo una norma effettivamente obbligatoria.

Questo da una parte. D'altra parte poi sappiamo che vi sono consuetudini che vengono riguardate come ingiuste dalla generalità e per conseguenza non si può dire che riposino sulla convinzione giuridica del popolo, e non pertanto continuano ad essere praticate, e l'osservanza di esse si riguarda come obbligatoria, in ciò per nulla dissimili dalle altre consuetudini che hanno a loro favore la convinzione giuridica del popolo, che vengono riguardate come giuste dalla generalità.

Come si spiegano allora questi contrasti o queste inconseguenze? Perchè in certi casi la convinzione giuridica non si traduce in atto nella consuetudine, se non nella legge, e perchè in certi altri la consuetudine rimane in vigore anche quando abbia perduto il suo fondamento, quello proprio da cui le proviene la forza obbligatoria? Finalmente si può rispondere che questo giuridico convincimento non è la semplice convinzione che quel dato modo di agire sia conforme alle aspirazioni della coscienza giuridica in genere, ma la convinzione precisa e determinata che coloro, i quali agiscono a quel modo, agiscano conforme al diritto positivo, al diritto effettivamente praticato. E in vero qui si tratta di norme che devono essere effettivamente praticate e non di norme che rimangono ancora nel puro campo della scienza o della coscienza; esse sono parti del diritto positivo e hanno quindi la forza obbligatoria di questo; onde la *opinio juris* deve intendersi come riferita al diritto positivo, come il convincimento che la consuetudine sia conforme alle disposizioni di questo diritto, sia una conseguenza delle norme di esso.

In altri termini, l'*opinio juris* è in pari tempo *opinio necessitatis*, viene obbedita in quanto che apparisce come il comando della collettività, come la voce imperativa della coscienza popolare, come il riconoscimento del diritto positivo.

Ma neanco allora si può dire che la dottrina risolva menomamente la questione, si può anzi dire che essa risponda alla questione con la questione.

Che cosa si viene a dire quando si afferma che la consuetudine riceve tutta la sua forza obbligatoria dal convincimento giuridico inteso in questo senso? Si viene a dire che la consuetudine ha forza obbligatoria perchè si considera come parte del diritto positivo, o addirittura, in certi momenti, come tutto il diritto positivo.

Ma, il problema da risolvere è appunto questo: perchè la consuetudine deve riguardarsi come un diritto positivo, o pure, perchè genera un diritto effettivamente obbligatorio? Ricorrere quindi al concetto dell'*opinio juris* non significa risolvere la questione, significa ripresentarla sotto un aspetto appena differente. L'importante invece è di conoscere e di spiegare il modo come si costituisce questo generale convincimento, di scoprire la genesi di questa *opinio juris* e quindi della forza obbligatoria che la consuetudine acquista, sia di fronte al pubblico in genere, sia in ispecie di fronte alle autorità che devono applicarla e farla valere.

§ 10. — Una teoria intermedia è quella del Summer Maine, il quale cerca di conciliare i due momenti del diritto nei quali sembra che la forza obbligatoria della consuetudine assuma aspetto diverso, e cioè il periodo, in cui la consuetudine riceve la sua forza dalla collettività e il periodo in cui riceverebbe la sua forza dallo stato.

Ma a questa conciliazione egli non è riuscito, non avendo saputo trovare il filo conduttore e non essendo arrivato a comprendere del tutto il carattere fondamentale dell'evoluzione del diritto. In certi punti peraltro egli si avvicina a una spiegazione scientifica del fenomeno e mette in evidenza dei fatti che lo avrebbero certo condotto sulla buona strada se si fosse curato di

approfondirli. Così, ad esempio, egli vede che la consuetudine « ha per sanzione penale, in parte l'opinione, in parte la superstizione, ma sopra tutto poi un istinto quasi cieco e inconsciente come quello che presiede ai movimenti del nostro corpo ». Onde « non si potrebbe credere quanta poca costrizione occorra per uniformarsi all'uso » ([1]).

Ma tutto ciò egli non lo dimostra e forse non lo comprende in tutta la sua estensione.

Se la forza obbligatoria della consuetudine proviene da un istinto cieco, che cosa è questo istinto? Donde prende origine? Come opera?

Del resto, come ha assai bene dimostrato il prof. Vanni, la parte sostanziale del processo di formazione del diritto non è stata afferrata dal Maine. Infatti, nella critica che egli fa alla teoria di Austin, viene ad affermare che il carattere coattivo che il diritto presenta in un periodo di avanzato sviluppo non apparisce ancora in uno stadio primitivo. Il che implica che anche la consuetudine possa presentarsi in questi due periodi con caratteri essenzialmente distinti. E va anche più oltre. Siccome il carattere obbligatorio che presenta il diritto in un grado avanzato della sua evoluzione non armonizza col modo, con cui egli concepisce la consuetudine, egli cerca di disfarsi in certa maniera di questa, esagerando il processo di trasformazione, in forza del quale la consuetudine viene irresistibilmente sostituita dalla legge.

Questo diverso modo di concepire la forza obbligatoria del diritto nei diversi stadi del suo sviluppo ha provocato la giusta critica del prof. Vanni. Se fosse vero, egli nota, che negli stadi primitivi del diritto facciano difetto i caratteri manifestatisi soltanto più tardi « contrariamente alle leggi fondamentali dell'evoluzione, questi caratteri presenterebbero qualche cosa di affatto nuovo, che proviene dal di fuori e si sovrappone, senza

---

([1]) *Etudes sur l'istoire des institutions primitives.* — Paris, 1880, pagina 484.

essere già potenzialmente contenuto nel germe primo, donde parte lo sviluppo » ([1]).

§ 11. — Questa critica ci conduce appunto alla teoria incidentalmente emessa dal prof. Vanni nel citato lavoro. E diciamo incidentalmente, poichè il Vanni in quello scritto non si occupa espressamente della forza obbligatoria della consuetudine, ma si occupa della genesi del diritto a proposito degli studi del Maine. E quantunque le due ricerche abbiano molti punti di contatto e molti lati comuni, debbono sempre riguardarsi come due ricerche distinte, poichè la genesi rappresenta solo alcuni momenti nella storia del diritto, mentre la consuetudine è un fatto che accompagna il diritto in tutte le sue manifestazioni. Inoltre, nei momenti della genesi appariscono fatti ed elementi che vengono poi in seguito a perdere ogni valore e ogni importanza, mentre la forza obbligatoria della consuetudine, nei suoi caratteri essenziali, rimane immutata.

Ciò posto, vediamo come il Vanni formula la sua teoria. « Il costume primitivo, egli scrive, per rudimentale che sia, costituisce un complesso di norme di condotta. Ora, una norma qualsiasi implica subordinazione a un' autorità regolatrice, e poichè in uno stadio come questo, non si constata ancora la presenza di un potere superiore, vuoi politico, vuoi religioso, resta a trovare in che risiedesse quell'autorità ».

Trovare infatti l'autorità in cui risiede il costume, è già trovare la causa della sua forza obbligatoria, poichè quest' obbligo viene anche esso da un'autorità, come la legge; la differenza consiste principalmente nella diversa natura di quest'autorità. « Il costume, continua il Vanni, si forma, come è noto, per la pratica costantemente e uniformemente ripetuta di certi atti, ma che cosa è che fa considerare la pratica stessa come obbligatoria? È vero che in un' epoca primitiva, in cui scarse sono le idee e confuse ancora le une con le altre, gli uomini non sanno distinguere (è questa un' osservazione acutissima del Maine) fra ciò che fanno e hanno sempre fatto e ciò che deb-

---

([1]) *Gli studi di Henry Summer Maine.* — Verona, 1892, pag. 63.

bono fare. Ma, per quanto confusamente, essi hanno sempre la coscienza di una forza che loro sta sopra, per quanto in massimo grado indifferenziato, l'elemento autoritativo e imperativo si nasconde invisibile *nel modo onde il costume è stabilito, risiede nel precedente, nella tradizione e nell'esempio.* È il costume stesso che costituisce un'autorità. Se ciò che viene praticato dagli uni è imitato dagli altri, l'imitazione è già l'effetto di un sentimento per cui il modello seguìto costituisce una specie d'autorità » ([1]).

In queste parole, specialmente in quelle che abbiamo messo in corsivo, noi crediamo sia l'embrione della vera teoria; un embrione che il prof. Vanni non ha avuto campo di svolgere nel suo breve schizzo e perchè il punto di vista da cui egli si era collocato non permetteva di portare tutta l'attenzione sul fenomeno della consuetudine. Egli, come abbiamo detto, si proponeva di ricercare la genesi del diritto, la parte sostanziale del processo di formazione del diritto, e quindi era costretto a tener conto di alcuni fatti, i quali nè costituiscono la causa prima della forza obbligatoria della consuetudine, nè esercitano la loro influenza in tutti gli stadi dell'evoluzione giuridica.

Infatti, osserva il Vanni, « la tradizione poi, pel solo fatto che si perde nella notte dei tempi e si circonda di mistero, basterebbe a imporre rispetto, ma essa si associa all'idea dell'antenato, e il rispetto diventa quasi pauroso, spinge all'osservanza ». Col formarsi delle credenze spiritistiche, con lo svilupparsi del culto degli antenati, la consuetudine viene considerata come un comando di questi, vale a dire come il comando di un'autorità personificata, e perciò più distinta.

Tutto ciò è vero indubbiamente, ma non costituisce l'essenza della forza obbligatoria della consuetudine. L'idea che la consuetudine sia un comando dell'antenato trasformatosi in divinità rinforza certamente il carattere obbligatorio della consuetudine, ma non lo determina, poichè questo apparisce con la consuetudine stessa ed esiste anche quando la consuetudine non

---

([1]) Op. cit., pagine 63 e 64.

si riguarda più come un comando dell'antenato. E così questa forza sussidiaria non opera più negli stadi avanzati del diritto, senza che per questo la consuetudine perda il suo carattere obbligatorio. Oggi nessuno più crede che le consuetudini siano comandi degli antenati o di una divinità e ciò nondimeno le consuetudini sorgono e danno origine a norme considerate come obbligatorie giuridicamente.

Per cogliere nella sua vera essenza quella forza obbligatoria, bisogna imitare l'esempio degli sperimentatori nel campo delle scienze fisiche e naturali, bisogna cioè isolare la consuetudine vera e propria da tutti gli elementi che possano ad essa accoppiarsi, specialmente in certi periodi dell'evoluzione giuridica. Per cui, da queste ricerche bisogna escludere l'azione del « comando divino fornito di sanzione religiosa » come anche il collegarsi della consuetudine (negli stadi primitivi) con l'autorità del capo del gruppo familiare, autorità in forza della quale questi « impera, controlla, giudica, punisce, esercitando così una funzione in cui resta ancor confuso il potere politico col potere domestico ».

Tutto ciò noi dobbiamo innanzi tutto cercare di eliminarlo, poichè confonde la ricerca e impedisce di cogliere nella sua vera essenza la causa prima per cui si genera la forza obbligatoria della consuetudine. Con questo non vogliamo menomamente escludere che tali fatti e tali elementi abbiano la loro importanza; dobbiamo anzi affrettarci a riconoscere che essi hanno per noi un'importanza grandissima, non solo in quanto servono in ispecie a rinforzare il carattere obbligatorio della consuetudine; ma anche, quel che più importa da un punto di vista generale, in quanto contribuiscono grandemente a far sorgere il sentimento dell'autorità e lo spirito di obbedienza e di subordinazione. Condizioni queste fondamentali, senza cui, nè può sorgere la consuetudine in ispecie; nè può sorgere in genere una qualunque norma giuridica e addirittura una convivenza di persone.

Perciò questi fatti si presentano in prima linea quando si tratta della ricerca genetica del diritto e della convivenza, onde

furono assai bene messi in rilievo dal prof. Vanni per l'influenza loro sulla forza coercitiva del diritto; ma, nel caso nostro essi devono venire momentaneamente trascurati perchè tutta l'attenzione possa concentrarsi sul fattore primo onde scaturisce la consuetudine insieme col carattere obbligatorio che la distingue. Le cause sussidiarie vanno poi considerate in seguito.

Questo fattore primo si manifesta, come vedremo, in tutta la sua essenza, in tutte le epoche di sviluppo, non essendo possibile che una condizione così importante possa subire modificazioni profonde da un'epoca all'altra. Le apparenze diverse che può assumere, le modificazioni cui può andare soggetto nei varî tempi, costituiscono fatti d'indole puramente secondaria e non agiscono a mutare la vera natura del processo formativo della consuetudine.

Affermando ciò, del resto, non facciamo che applicare al caso nostro il principio che col prof. Vanni riconosciamo vero contro l'opinione del Maine, che cioè negli stadi primitivi del diritto non possono mancare quei caratteri fondamentali, che poi si vanno sempre più sviluppando e differenziando nelle epoche successive. Trattasi anche qui di un processo organico, per cui « gli stessi lenti passaggi per successive *differenziazioni*, osservate nell'embriogenia vegetale e animale, si riscontrano in quella sociale e giuridica ».

Non dobbiamo peraltro nasconderci, per quella sincerità e lealtà che c' impone la serena ricerca scientifica, che nel professor Vanni, secondo il nostro modo di vedere, domina la preoccupazione di collegare la consuetudine col comando dell'autorità politica, connessione che noi non crediamo essenziale e che, in tutti i casi, può costituire una delle manifestazioni secondarie, che la consuetudine presenta in alcune epoche storiche, ma non ne formano il carattere fondamentale e perciò non possono essere prese a base delle ricerche intorno alla sua genesi. E questa è forse un'altra ragione (se pure non è la ragione principale) per cui il prof. Vanni non ha poi utilizzato le sue feconde intuizioni e ha invece collegata la consue-

tudine con fatti accessorî, della cui influenza non può risultare nè venire modificata la sua intima natura.

CAPITOLO II.

Ricerca di una teoria scientifica. — La costituzione dell' abitudine.

§ 12. — Il problema adunque della forza obbligatoria della consuetudine non viene risoluto dalle precedenti teorie, quantunque alcune, specialmente l'ultima, contengano l'embrione o i primi accenni della teoria che noi crediamo giusta.

Per rinvenire questa teoria, noi dobbiamo uscire dallo stretto campo giuridico, dobbiamo ricercare, a dir così, il sotto-suolo della consuetudine, esaminare tutto il processo psicologico e sociologico, onde essa ha origine.

La consuetudine giuridica non è che una specie del genere abitudine. È un'abitudine sociale, uno cioè dei tanti fatti abituali sorti nella convivenza, che, per le sue peculiari condizioni acquista carattere giuridico. Onde il sostrato primo della consuetudine, quello dove risiede la ragione prima del suo carattere obbligatorio, va ricercato in quell'insieme di condizioni e di forze, per cui nella società si genera l'abitudine.

Fra tutte le cause di cooperazione sociale infatti, prima per la sua efficacia, per l'importanza dei fenomeni cui dà luogo nella società umana, si presenta l'abitudine. Generalmente non si ha un'idea adeguata sulla potenza che ha l'abitudine nel creare molteplici e permanenti disposizioni di forze nella convivenza, nel determinare peculiarità individuali e sociali, nel rendere forti, permanenti e incrollabili certe coordinazioni d'impulsi volitivi, indispensabili certe azioni, certe norme di condotta, nell'adattare in modo così completo l'organismo sociale a certe specie di funzioni, da lasciar supporre esser queste un prodotto spontaneo, inevitabile di ogni umano aggregato.

Talmente essa radica nella coscienza sociale certe coordi-

nazioni e subordinazioni d'impulsi volitivi, certe comuni forme di cooperazione, e genera la persuasione della loro necessità, rendendo perfino inconcepibili forme contrarie o diverse, che la coscienza finisce per ammettere come fatale e ineluttabile condizione di cose, ciò che da principio fu una manifestazione accidentale, un fortuito combinarsi di cause e di effetti.

La nostra condotta è in gran parte modellata da abitudini, sia da noi stessi contratte, sia trasmesseci dalle generazioni precedenti, con la tradizione, l'educazione, le credenze, i pregiudizi. Solo in piccolissima parte l'intelligenza guida le nostre azioni e dirige la nostra volontà, il resto è opera di abitudini formate o in via di formazione. E queste abitudini vengono da noi osservate anche se riescono contrarie ai nostri interessi, ai nostri comodi, alle nostre più profonde convinzioni (1).

Se facciamo la storia di una delle nostre giornate, osserva H. Spencer, il difetto di riflessione si tradirà venti volte almeno. Vi alzate la mattina e vestendovi prendete una boccetta contenente un tonico, che vi è stato ordinato; contate le prime gocce, ma ecco che il liquido comincia a scolare lungo la bottiglia per la semplice ragione che il fabbricante ha fatto i labbri del collo senza occuparsi della loro destinazione. E nondimeno migliaia di queste boccette vengono annualmente fabbricate e vendute. Vi volete in seguito servire del vostro specchio; esso non rimane quasi mai nella posizione in cui lo mettete (se è uno di quegli specchi mobili da toeletta) perchè non è costruito in modo che il centro di gravità si trovi sulla linea dei punti di appoggio. E si fabbricano tutti gli anni migliaia di tali specchi, senza che i fabbricanti si occupino mai di una cosa così necessaria e così semplice. Discendete poi a far colazione e volete mettere un poco di salsa nel pesce, la bottiglia ha il medesimo difetto della boccetta precedente; essa è tutta vischiosa per le gocce che colano lungo il vetro e insudiciano la tovaglia. Ed ecco un'altra categoria d'industriali così economi di riflessione,

(1) Si veda il mio *Saggio di una nuova teoria della sovranità*, volume II. Firenze, 1887, § 31, pag. 360 e seg.

che non fanno nulla per rimediare a un inconveniente così evidente. Terminata la colazione, prendete il vostro giornale e prima di sedervi vorrete mettere sul fuoco un po' di carbone, ma il carbone vi scappa dalle molle perchè le loro estremità sono lisce. Le generazioni di fabbricanti e di commercianti di attrezzi per cammino si succedono senza che ad alcuno di essi venga l'idea così semplice di guarnire di punte l'interno di queste estremità o di renderle più ruvide con qualche colpo di forbici . . . . Così presso a poco per tutta la giornata.

Ma se si spende tanta poca intelligenza ai fatti che più direttamente si riferiscono alle nostre comodità, ciò non avviene perchè l'intelligenza manchi o manchi la riflessione, come pensa lo Spencer, o non vi sia intelligenza disponibile per i fatti di questo genere; ma perchè l'abitudine è più forte dell'intelligenza e costituisce un ostacolo più o meno grande per le nuove forme di adattamento, anche quando queste siano più progredite e possano meglio soddisfare ai nostri bisogni.

Così, molti fabbricanti si astengono di modificare i loro *articoli*, non perchè non vedano gl'inconvenienti che essi presentano, ma perchè temono (e molte volte con ragionevole fondamento) che quegli *articoli* rimangano invenduti. Le novità, per quanto assai utili, non riescono sempre a superare gli ostacoli che oppongono le abitudini inveterate. Sappiamo di un editore che tentò un giorno di migliorare l'edizione e la copertina di un almanacco molto popolare. La maggior parte delle copie gli rimasero invendute, perchè i compratori abituali di quell'almanacco credettero a una falsificazione.

E così anche in una delle nostre grandi città, un'osteria molto modesta in un locale quasi indecente era riuscita a costituirsi una clientela numerosa e distinta. Il proprietario, arricchito, volle migliorare e ingrandire i locali della sua osteria; ma la clientela distinta gli si sviò quasi del tutto, perchè trovava che il locale aveva per tal modo perduto il suo *lato caratteristico*, cioè aveva perduto quel non so che di originale e di strano, a cui essi erano *abituati*.

L'abitudine può quindi creare una tendenza più forte di

quella che induce alle forme più progredite di adattamento; perchè l'abitudine è una forma di adattamento già costituita e rappresenta perciò la risultante di tutte le forze che hanno contribuito a determinarla.

§ 13. — Quando si pensa a questo non arreca meraviglia il vedere come l'abitudine si cacci anche nelle sfere di attività più elevate e spirituali, dove parrebbe che l'intelligenza dovesse dominare sovrana. Nella filosofia, nelle scienze, nelle arti, i metodi seguìti, gl'indirizzi, le scuole, le maniere ecc., non sono il più delle volte che l'effetto di abitudini contratte a furia di ripetizioni ed imitazioni.

Guardiamo attorno. La gran maggioranza, piuttosto che iniziare, inventare, cercare nuove vie, si contenta di trascinarsi nelle *ornières* scavate da innumerevoli generazioni. « Non uno fra mille, diceva il Carlyle (presentando questo concetto con quella forma paradossale che gli era propria) ha la più piccola capacità di pensare; la maggior parte non son buoni che a sognare passivamente, a ripetere quello che hanno sentito dire, a chiacchierare secondo la solita *routine* ». E Spencer: « in verità sembra quasi che la più parte degli uomini si diano per iscopo di trascorrere la vita, spendendo la minore quantità possibile di pensiero ».

Da ciò si comprende che l'abitudine non è un fatto accidentale, accessorio, insignificante; ma è un fatto comune, generale, della più grande importanza. Essa costituisce quel meccanismo complicato di ruote e d'ingranaggi, che si muovono allo stesso modo per lunghi spazi di tempo e sono il prodotto di aggiustamenti secolari in quel vasto organismo di cui facciamo parte, di cui le più piccole funzioni si compiono con esattezza maravigliosa, a tempi determinati; i movimenti si succedono con regolarità ritmica, si combinano al modo medesimo per lunghi spazi di tempo; e le azioni che sembrano più arbitrarie possono essere il prodotto d'influenze lentamente accumulate.

§ 14. — Ma questo fenomeno non è solo generale e comune, esso è anche necessario; ed è necessario, perchè se ogni volta che si pensa, si vuole o si agisce si dovessero produrre

nuove coordinazioni d'idee, di volizioni e di atti, non solo non si produrrebbe che poco e non si agirebbe che assai lentamente; ma non si farebbe neppure l'infinitesima parte di quello che occorrerebbe fare, sia per raggiungere una data forma di adattamento, sia per modificare quella esistente verso forme più progredite. Si può anzi addirittura affermare che ogni nostro pensiero e ogni nostro atto sarebbero in tal caso interamente paralizzati.

E ciò perchè la forza intelligente, come la forza fisiologica, la forza psichica di ordine più elevato, come la forza organica, onde in un dato tempo noi possiamo disporre, sono sempre limitate, anzi più limitate di quello che non si creda; e quindi non si possono disperdere contemporaneamente in più campi, ma devono in ogni dato momento concentrarsi in un campo determinato. Ne segue che la nostra mente, come il nostro organismo, sono costretti a consolidare, diciamo così, le loro successive conquiste, riducendole, per mezzo dell'abitudine, allo stato incosciente, semicosciente o automatico, per potere poi concentrare tutte le forze divenute così disponibili, al conseguimento delle nuove forme di adattamento, all'affermazione delle conquiste nuove.

E così la nostra volontà è costretta a ridurre una quantità di atti allo stato automatico a fine di poter concentrare tutta la forza volitiva verso le nuove coordinazioni di atti.

§ 15. — Vediamo come il processo si compie nell'individuo per potere poi comprendere come si compie nella coscienza sociale.

Ogni organismo individuale, per vivere e svilupparsi, ha bisogno di compiere una quantità di atti, ha bisogno di procedere cioè a una quantità più o meno grande di coordinazioni di movimenti; tanto più grande e complessa, quanto più elevato è il posto che occupa nella gerarchia degli organismi e quindi quanto più complesse sono le condizioni di adattamento e le esigenze che ad esso impongono tali condizioni.

Prendiamo l'organismo umano. Esso abbisogna di una quantità grandissima di coordinazioni di movimenti; coordina-

zioni per muovere gli arti, per aggiustare i muscoli ai loro varî movimenti, per mantenersi in piedi, per dirigere il passo, per tenersi seduti, per masticare il cibo, e via discorrendo. Queste coordinazioni, che ad un individuo adulto sembrano così facili, richiedono invece una serie infinita di sforzi e di adattamenti muscolari e un'attenzione sempre desta e vigilante per un periodo di tempo più o meno lungo, quanto è necessario perchè l'organismo si disponga a produrle spontaneamente, cioè vi *si abitui.*

Ma, a misura che *si ripetono,* l'organismo a poco alla volta vi si dispone, il numero e l'intensità degli sforzi che richiedono vanno a poco a poco diminuendo, come va gradatamente diminuendo la tensione mentale che occorre per produrli, fino a tanto poi che queste coordinazioni diventano automatiche, lo sforzo per produrle diventa minimo e impercettibile e la volontà cessa anche del tutto d'intervenire. Esse sono allora diventate *coordinazioni abituali.*

Solo in questo stadio tutta quella forza di volontà che si era prima concentrata su di esse rimane disponibile e può quindi attendere ad altre forme di coordinazione ancora coscienti, le quali hanno luogo nel medesimo tempo, in cui si compiono le abituali. Per tal modo, ad esempio, mentre noi camminiamo, possiamo contemporaneamente discorrere o leggere e portare tutta la nostra attenzione alle cose che si leggono o dicono, senza più pensare a quelle complesse coordinazioni che richiede il nostro organismo per potersi mantenere eretto e camminare verso una data direzione.

§ 16. — Ma come è che queste coordinazioni diventano abituali e automatiche per mezzo della ripetizione?

Poichè, ogni qual volta una coordinazione di movimenti si produce, lascia nell'organismo delle tracce sotto forma di tendenze, di predisposizioni, di residui strutturali nei muscoli, nei nervi, in tutti insomma gli elementi anatomici che prendono parte ad essa. Un nervo, ad esempio, un muscolo, che hanno partecipato a una data coordinazione, non sono più quelli di prima. Essi hanno subìto nei loro elementi costitutivi una mo-

dificazione anche leggerissima, in forza della quale i suoi elementi sono disposti a muoversi un po' più facilmente verso quella data coordinazione un' altra volta che si ripete. Questa leggerissima modificazione si va sempre più accentuando e diviene sempre più profonda, a misura che la coordinazione si riproduce, fino a che diviene così grande, da rendere quel nervo o quel muscolo completamente *predisposto* a quella data forma di azione.

Ciò che avviene nei nostri organi si produce anche nella nostra mente con l'associazione delle idee, dei sentimenti e degli atti relativi.

Due idee che casualmente si associano, acquistano, per ciò solo, una certa disposizione ad associarsi, e a misura che questa associazione si ripete, la disposizione cresce fino al punto, che nessuno sforzo più occorre da parte della nostra mente perchè essa abbia luogo; anzi occorrerà uno sforzo grande per potere oramai disgiungere quelle idee così intimamente collegate.

H. Spencer chiama linea di minima resistenza questa predisposizione che per tal modo gli organi e gli elementi organici acquistano ad agire in un senso determinato. E questa linea di minima resistenza si determina e diventa mano mano più profonda quanto più gli atti che l'hanno determinata si ripetono. La ripetizione va a poco a poco scavando questa linea nel senso di una data coordinazione di movimenti a misura che questa si riproduce, generando alla sua volta la tendenza alla ripetizione: vale a dire che fra tutte le possibili forme di coordinazione tende a preferenza a riprodursi quella che più si ripete. I varî elementi organici si dispongono a preferenza verso quel determinato indirizzo; e diviene tanto più difficile il trovare un indirizzo nuovo, quante volte più si ripete quello che si è prodotto.

Questa linea di minima resistenza è appunto l'abitudine.

§ 17. — I medesimi fatti che si producono nell' individuo hanno anche luogo negli aggregati d' individui, nelle collettività.

Come nella coscienza degl' individui, la ripetizione crea nella coscienza della collettività delle linee di minima resistenza

dei solchi profondi, lungo i quali si muovono le coordinazioni abituali d'idee, di aspirazioni, d'impulsi e di atti. Onde certe coordinazioni d'impulsi diventano così facili nella collettività e gli animi si rendono verso di esse così disposti, che la più leggiera spinta basta a produrle; e qualche volta si producono anche spontaneamente, come se nessuna spinta, nessun movente abbia operato.

I centri motori della società seguono la medesima legge di quelli dell'organismo individuale e acquistano maggiore attitudine a riprodurre quelle funzioni che si ripetono più volte.

Anche in questo caso le più grandi e insuperabili difficoltà si presentano al principio, quando per la prima volta si tratta di coordinare e di comporre nuove forme di coordinazione volontaria, quando s'inizia una nuova serie di atti; chè la società si mostra allora come un grande bambino, che non sa coordinare i suoi impulsi volitivi in una determinazione o in un'azione coerente, che non sa ancora mettere in armonia i suoi impulsi volitivi con i suoi movimenti muscolari; e non cammina, ma barcolla; non si muove corrispondentemente allo scopo prefisso, ma si agita in modo inconsiderato.

Si pensi ad una nuova forma di governo che si applichi a una società. Quanti non sono i malintesi, le incertezze, le cattive interpretazioni, gli abusi, cui essa dà luogo? Vi ha coordinazione imperfetta di voleri, tentativi andati a vuoto, speranze deluse; le volontà non si subordinano a quel modo che il legislatore aveva previsto o desiderato, la comune determinazione non si opera per l'impulso dei motivi che in tal forma di governo avrebbero dovuto agire, gli atti non seguono sempre alle determinazioni e fra gli uni e le altre possono intromettersi tali elementi perturbatori, che il volere e l'atto non si trovano più in corrispondenza.

Invece si osservi come tutto procede e si svolge regolare, tranquillo, ordinato, senza scosse e senza urti violenti, senza perturbazioni di sorta entro una vecchia forma, cui la società è stata abituata da un pezzo. Quivi sembra che tutto sia stato ordinato, previsto, disposto, in modo da raggiungere quei dati

scopi, organizzato in guisa, da evitare tutti gli attriti e da comporre gli antagonismi esistenti, le perturbazioni che possono prodursi, da affrontare insomma tutte le eventualità, che per ragioni improvvise possano sorgere. Tutto ciò può sembrare l'opera di un'intelligenza superiore, di una mente previdente al massimo grado, e molte volte in effetto, viene in parte o in tutto come tale ritenuto, mentre è semplicemente l'opera di aggiustamenti secolari, che hanno abituata la società a quella forma.

Come adunque nell'organismo individuale, così anche nella convivenza, ogni nuova forma di cooperazione, ogni nuova coordinazione d'impulsi volitivi, una volta prodotta, lascia delle tracce negli elementi strutturali, diciamo così, onde risulta, cioè negl'individui e nei gruppi e quindi nella coscienza sociale che in essi si determina. E queste tracce si accumulano, si accentuano e si fissano, mano mano che la funzione si va ripetendo, fino al punto in cui gli elementi strutturali diventano completamente atti all'adempimento di quella funzione, cioè capaci di adempierla col minore dispendio di forze e nel minor tempo e nel miglior modo possibile. Onde si determina anche qui una linea di minima resistenza nel senso della funzione, che è poi una forza più o meno grande di resistenza alle forze che tenderebbero a produrre una diversa disposizione di parti e quindi una funzione diversa.

Anche rispetto alla volontà sociale va infine ripetuto quel principio, che la quantità di forza volitiva richiesta per determinare una data cooperazione d'impulsi, va diminuendo a misura che quella cooperazione diventa abituale. Per certe comuni forme di azioni più volte ripetute non è più richiesta la forza della volontà; una volta inziate, si succedono meccanicamente, senza nessun attrito, senza nessun altro sforzo od ostacolo da vincere; anzi, non hanno neppur bisogno di essere iniziate; esse s'iniziano quasi spontaneamente quando capita il momento in cui diventano necessarie.

La cooperazione degli elementi sociali, nel costituirsi delle gerarchie e delle forme di convenienza, lascia supporre una

potente cooperazione di volontà estremamente attiva, dirette più o meno verso il medesimo scopo, spinte più o meno dall'idea di raggiungere un fine determinato; ma una volta che un dato organamento di volontà è raggiunto, gli sforzi volitivi a poco a poco spariscono, gl'ingranaggi e le ruote di quel meccanismo funzionano perfettamente, senza ostacoli e senza interruzioni. La volontà sociale cioè arriva al massimo della sua intensità al principio del processo per cui le istituzioni si formano, o alla fine del processo, per cui le istituzioni si dissolvono e le abitudini vengono, per una causa violenta improvvisamente interrotte. È invece al minimo della sua intensità, quando le istituzioni giungono ad organizzarsi in modo definitivo e il processo di dissoluzione non è ancora incominciato.

§ 18. — Ciò posto, si vede che l'abitudine non è in ultima analisi che una concentrazione, un raccoglimento, un assorbimento di forze in un dato punto, per cui gli elementi dinamici, diciamo così, vengono a trasformarsi in elementi strutturali, che conservano in forma latente le forze, che hanno contribuito a determinarli. L'abitudine è individuale, se questa concentrazione di forze si produce nell'organismo e nella coscienza dell'individuo, è invece sociale, se si produce nella struttura e nella coscienza della società.

Dicendo *struttura e coscienza della società* non intendiamo poi accennare ad astrazioni metafisiche, ma a fatti reali; poichè la struttura della società non è altra cosa che la forma che assumono le intere azioni degl'individui associati e quindi l'organizzazione che ne risulta; mentre la coscienza sociale è la risultante dell'influenza reciproca che esercitano le une sulle altre le coscienze associate e quindi l'insieme organico delle maniere di pensare, di sentire e di volere comuni alla collettività.

La formazione dell'abitudine sociale segue in genere i medesimi processi che l'abitudine individuale, con quelle modificazioni peraltro determinate dal diverso ambiente in cui si svolge e dalla quantità più complicata di rapporti, che deve comprendere. Essa si distingue in abitudine propriamente detta e in tradizione.

La tradizione è una coordinazione semi-automatica d'idee e di atti trasmessa di generazione in generazione; mentre l'abitudine è una coordinazione d'idee e di atti considerata indipendentemente da questa trasmissione; in entrambi i casi la coordinazione è divenuta quasi automatica per essersi più volte ripetuta. Si potrebbe forse dire che la tradizione si riferisce a preferenza alle coordinazioni che si determinano nel campo delle idee e dei sentimenti, mentre l'abitudine si riferisce a preferenza alle coordinazioni che si determinano nel campo della volontà e degli atti.

Ma questa distinzione non risponderebbe sempre alla realtà, poichè può diventare tradizionale una coordinazione di atti volitivi, come può diventare abituale una coordinazione d'idee. La differenza quindi non si può rinvenire nella natura degli atti ma nella diversa maniera come si è determinata quella concentrazione di sforzi sulla quale la coordinazione riposa. Quando questa concentrazione si è prodotta lentamente attraverso le generazioni e col succedersi di esse, la coordinazione apparisce come tradizione, mentre quando la concentrazione si è prodotta nel corso di *una sola* generazione, apparisce come abitudine.

Molte volte poi (anzi il più delle volte) non è possibile distinguere se hanno agito le forze di una o di più generazioni, sia perchè ogni abitudine tende a diventare tradizione, sia perchè le coordinazioni che possono apparir nuove, sono spesso l'effetto di predisposizioni ereditate.

E si capisce che nel determinare tale distinzione acquista molta importanza l'elemento subbiettivo, in quanto si pon mente in generale, non a quello che è, ma a quello che apparisce o si suppone che sia. Così, quando si considera una data coordinazione di fatti come un'abitudine, si prescinde dalla sua origine, per cui la si riguarda come abitudine quantunque possa essere costituita col lento succedersi delle generazioni; mentre altre volte un'abitudine, saldamente costituitasi, può apparire come tradizionale, mentre si è formata nel corso di una sola generazione.

La tradizione, presa in senso molto generico, si può alla

sua volta suddistinguere, in tradizione sociale e tradizione biologica. La prima è la trasmissione delle coordinazioni da coscienza a coscienza, cioè dalla coscienza delle vecchie generazioni alla coscienza delle nuove. La seconda è la trasmissione organica delle coordinazioni, cioè dai vecchi ai nuovi organismi per opera della riproduzione.

Ma, quello che qui preme di mettere in rilievo è il carattere comune di tutte queste forme di coordinazione. Esse si costituiscono tutte per opera del medesimo processo fondamentale e suppongono sempre una concentrazione di forze per mezzo di sforzi ripetuti, una linea di minima resistenza a causa di lente accumulazioni nella coscienza sociale o negli organismi e nelle coscienze onde questa deriva.

Se una certa differenza può esistere fra questi processi, essa può essere determinata, più che dalla diversa natura della coordinazione, dall'intensità, e quantità della forza che riesce a concentrare a proprio favore.

La tradizione può acquistare un massimo di forza perchè si presenta come la voce di tante generazioni o è la risultante di numerosi elementi organici accumulati attraverso di esse. Ma, d'altra parte non è escluso che anche l'abitudine acquisti un massimo di forza del medesimo genere, sia per il mistero che ne circonda l'origine, sia per l'intensità e la freguenza con cui le ripetizioni hanno agito a produrla.

§ 19. — Tanto la tradizione adunque che l'abitudine sono un prodotto della ripetizione. È sempre la ripetizione che produce la concentrazione di forze, per quanto diverso possa essere nei varî casi il modo come essa si produce e opera.

Ma la ripetizione assume due diversi aspetti. Può essere ripetizione nel senso stretto della parola e può essere imitazione. La differenza fra queste due forme della ripetizione richiama, per la sua somiglianza, la differenza fra le due forme dell'abitudine.

La ripetizione in senso stretto ricorda l'abitudine in senso stretto, si produce cioè in seno di un solo e medesimo ambiente. La cosa apparisce molto chiara quando si considera di fronte

all' individuo: gli atti identici o molto simili che egli compie più di una volta, costituiscono la ripetizione. Trattandosi di una convivenza, quindi di un complesso di individui, dobbiamo riguardare quale ripetizione gli atti identici o molto simili, che una data società o parte di essa compie più di una volta: come appunto l'abitudine in senso stretto si costituisce in seno di una sola generazione. Tanto l'una che l'altra si svolgono in un campo interno, in un ambiente, a così dire, chiuso.

L'imitazione invece ricorda la tradizione, in quanto implica un passaggio da un ambiente ad un altro. Se si considera di fronte all'individuo, essa apparisce come quell'atto o complesso di atti, che l'individuo compie in forza della suggestione determinata nella sua coscienza da atti identici o molto simili. Mentre, nel primo caso, egli inizia la serie delle ripetizioni, in questo secondo caso egli prende parte ad una serie già iniziata dagli altri, trasportando, diciamo così, nel suo proprio interno, ciò che i suoi sensi hanno raccolto dal di fuori.

Trattandosi poi di una convivenza, l'imitazione consiste negli atti che un popolo o gruppo sociale compie per la suggestione determinata nella sua coscienza dagli atti identici o molto simili compiuti precedentemente da un altro popolo o gruppo sociale. In altri termini, tutto ciò che un popolo o un gruppo sociale compie, non per propria iniziativa, ma per l'esempio che riceve da un altro popolo o da un altro gruppo sociale.

Tanto nel caso dell'individuo adunque, come nel caso della collettività, la ripetizione potrebbe chiamarsi una imitazione interna, il fatto cioè di un organismo che imita sè stesso, l'imitazione potrebbe invece chiamarsi una ripetizione esterna o importata, cioè la ripetizione che un organismo fa di ciò che un altro organismo ha iniziato. Ma, tanto l'imitazione può ripetersi, come la ripetizione può essere imitata. In tutti i casi, il fenomeno della ripetizione è così connesso e intralciato con quello dell'imitazione, che non è facile il distinguere in quali casi possa parlarsi di pura ripetizione e in quali altri di pura imitazione. Ed è difficile che chi imita non introduca qualcosa di nuovo (e sia pure una variante leggerissima) in quello che

prende ad imprestito; come è difficile che chi ripete non si lasci in alcun modo influenzare dall'azione altrui.

Lasciando poi stare che il punto di vista da cui ci collochiamo è quello che principalmente decide se una data forma di coordinazione debba riguardarsi come effetto della ripetizione o della imitazione. Così, un'abitudine contratta da una famiglia, quindi una coordinazione d'idee o di atti propria di essa, considerata internamente, apparisce quale la risultante di un insieme d'imitazioni operatesi fra i membri che la compongono. L'istesso avviene per gli aggregati più vasti e per la collettività in genere. Possiamo dopo ciò conchiudere che vi è in fondo identità di cause e identità di effetti in tutti questi processi onde si determinano nella convivenza le coordinazioni riflesse e automatiche. Esse sono sempre il prodotto di una ripetizione, sebbene questa possa assumere l'aspetto di ripetizione in senso stretto o l'aspetto d'imitazione; e mettono sempre capo a una abitudine, sia essa abitudine in senso stretto o sia tradizione; e ciò per opera di una concentrazione maggiore o minore di forze, che la ripetizione produce, secondo il numero delle volte in cui ha luogo e una quantità di altre cause che ne favoriscono o ritardano l'azione.

CAPITOLO III.

L'economia dell'abitudine nella società umana e la sua forza d'autorità.

§ 20. — Indicato così il meccanismo dell'abitudine, possiamo ora meglio indicare l'economia di essa nella convivenza, avviandoci verso la soluzione del problema che ci siamo posto. Per fare ciò dobbiamo richiamare alcune idee alle quali abbiamo precedentemente accennato.

Sappiamo quanto importante sia la parte che l'abitudine compie nella coscienza dell'individuo. Per produrre una determinata coordinazione d'idee, d'impulsi volitivi e di atti, la nostra coscienza ha bisogno di concentrare una quantità di forza

psichica su quel dato punto, su quel gruppo d'idee o di atti che si tratta di coordinare in un dato modo. Questa concentrazione della coscienza costituisce appunto l'attenzione.

Il grado di facilità con cui la coordinazione si produce è, a parità di condizioni, in rapporto con la quantità di attenzione che per essa viene spesa. Onde, maggiore è l'attenzione, più grande cioè è la quantità di forza psichica concentrata e quindi maggiore la sua intensità, e più facilmente e nel miglior modo quella coordinazione si produce. Si capisce che tanto più lungamente e regolarmente una palla cammina in un dato senso per quanto, a parità di condizioni, più sarà stato vivace e regolare l'atto d'impulsione con cui la palla è stata lanciata.

D'altra parte, più complessa è la coordinazione da produrre e maggiore è la quantità di forza che si richiede per produrla. Così, ad esempio, la lettura di un romanzo non richiede il medesimo grado di attenzione che la lettura di un libro di filosofia; e l'attenzione che occorre per imparare a scrivere è certo maggiore di quella che occorre per imparare a cucire.

Finalmente, sappiamo che l'abitudine è il solo mezzo che gli organismi posseggano per potere concentrare le loro forze in certi punti senza che nel medesimo tempo si sciolgano o si disorganizzino tutte le altre forme di coordinazione, di cui essi hanno in pari tempo bisogno.

§ 21. — E ciò accade appunto nella convivenza.

Per poter produrre nuove coordinazioni di persone e di gruppi di azioni e di rapporti, occorre che la volontà sociale si concentri su questa coordinazione; e la concentrazione deve essere tanto più grande, quanto più numerosi ed estesi sono gli elementi da coordinare e quanto più complessa è la forma di coordinazione e l'importanza, che essa può avere nella economia della società.

Ma, comunque la volontà sociale possegga un potere immensamente maggiore, una forza immensamente più estesa ed intensa di quella che può arrivare a possedere la volontà dell'individuo; essa non sarà mai sufficiente a sopperire e a presiedere, a tutte le varie combinazioni di persone e di gruppi,

onde abbisogna la vita di una convivenza, e massime di una convivenza incivilita. E la società si scomporrebbe, si scioglierebbe nei suoi elementi, sarebbe esposta ad un' anarchia perpetua per mancanza di un sufficiente potere inibitorio e di una sufficiente forza imperativa, se l'abitudine non venisse in soccorso alla volontà; se cioè la volontà non procedesse anche qui per via di successive conquiste.

Per cui anche la convivenza ha e deve avere le sue combinazioni e determinazioni automatiche e semi-automatiche, diverse per intensità e tenacia secondo che diverso è stato il processo formativo e quindi diverso il grado di concentrazione delle forze, che contribuirono a formarle.

Queste combinazioni abituali lasciano la volontà libera di concentrare tutte le sue forze ad altre produzioni. Per cui, mentre la volontà sociale è tutta occupata alla produzione di nuove combinazioni di forze, una quantità infinita di altre combinazioni si producono e si svolgono regolarmente, mantenendo e consolidando le precedenti conquiste di essa. Mentre la volontà sociale, ad esempio, è tutta rivolta a cercare nuove forme politiche, ad operare riforme politiche, o amministrative, tentando e ritentando nuove istituzioni e nuove leggi; una quantità di vincoli e d' interessi, di coordinazioni divenute abituali, collegano in un dato modo e tengono insieme le varie parti della convivenza, connettono gl' individui nelle famiglie e le famiglie nei gruppi; e le industrie producono, i commerci procedono, le ufficine lavorano, senza che la volontà sociale intervenga o se ne dia per intesa.

Si guardi inoltre quello che accade in un periodo di grandi rivolgimenti sociali o politici. A un osservatore superficiale può sembrare allora che tutti i vincoli si spezzino, che tutte le forme di coordinazione e di cooperazione si sconvolgano, che la vita sociale si commova e si scomponga fin dalle sue radici e si polverizzi tutta in atomi individuali. Ma, a chi osserva con maggiore attenzione, lo spettacolo si presenta in modo assai diverso. Non tutte le combinazioni di rapporti sociali si rompono o si sconvolgono, ma solo alcune subiscono tale sorte, e spesso lo

sconvolgimento non è così profondo come poteva apparire, spesso esso attacca le combinazioni superficiali, non le combinazioni profonde. E, ad ogni modo, mentre la tempesta passa e infuria in alcune parti, in tutte le altre la vita continua a svolgersi nella maniera consueta, con la solita regolarità e la solita monotonia. Come appunto accade nelle tempeste che si scatenano violente nella vastità degli oceani. Mentre alla superficie le onde furiose si agitano, si accavallano, s'infrangono spumanti negli attriti violenti, e il mare sembra sconvolto da cima a fondo; nelle profondità invece tutto continua a svolgersi indisturbato, tranquillo, nella sua calma abituale.

Lasciando poi che lo sconvolgimento molte volte non lascia tracce durevoli, poichè non arriva a scomporre le vecchie coordinazioni, non arriva a cancellare le vecchie abitudini e non riesce a creare abitudini nuove, a far sorgere nuove linee di minima resistenza; sicchè cessata la scossa, le vecchie abitudini ripigliano il loro impero e tutto ritorna allo stato di prima, come appunto dopo la violenta folata di vento i rami della vecchia quercia si ricompongono nella loro abituale posizione, o come dopo la scossa di terremoto, i vecchi e robusti edifici ritornano immutati al loro primo stato di equilibrio.

Per quanto adunque sembri rinnovarsi radicalmente, la società non si rinnova, nè può rinnovarsi in un dato tempo che per una parte soltanto, alle volte molto circoscritta. Il resto rimane immutato e continua a svolgersi con le vecchie combinazioni e coordinazioni di rapporti, le quali, più si fanno vetuste e più diventano automatiche di fronte alla volontà generale. Così, la vita di famiglia si svolge indipendentemente da ogni intervento della volontà generale. Quando questa interviene, significa che in quell'istituzione vi è qualcosa di guasto, per cui essa non è più all'unisono con le condizioni e i bisogni dell'aggregato cui appartiene.

§ 22. — Considerata da questo punto di vista, l'abitudine ha, nell'economia dell'aggregato, una maggiore importanza e compie una funzione più notevole, che nell'economia dell'individuo.

E, in vero, per produrre una coordinazione di parti in seno

di un aggregato, si richiede una forza immensamente maggiore che per produrre una coordinazione di elementi nell'organismo dell'individuo, sia perchè allora si tratta di operare sopra un maggior numero di elementi, sia perchè gli elementi da coordinare presentano una resistenza immensamente maggiore. Si tratta infatti di mettere insieme volontà indipendenti, spinte dai moventi più disparati.

Onde se, per ogni coordinazione di sforzi collettivi, si dovesse cominciare daccapo ed impiegare tutta, diciamo così, la forza volitiva disponibile, nessuna società potrebbe, non che progredire, neppure sussistere. Ma, siccome ogni società tende naturalmente a produrre tutto ciò che è necessario alla sua conservazione e al suo sviluppo, e siccome questo meccanismo dell'abitudine è necessario all'una cosa e all'altra, così ogni società deve tendere a produrlo. Quelle che non lo producono o lo producono in condizioni inferiori, si dissolvono o vengono sopraffatte da quelle altre, che a tal riguardo si mostrano meglio dotate.

Possiamo infatti vedere dalla storia che le società più progredite hanno avuto un largo fondamento di tradizioni e di consuetudini. « La tradizione, diceva C. Richet, è una forza, una luce, un insegnamento: essa è il deposito delle facoltà più profonde che una razza abbia; essa assicura la solidarietà intellettuale delle generazioni attraverso il tempo; essa distingue la civiltà dalla barbarie ». E aggiungiamo che, come la tradizione assicura la solidarietà intellettuale e spirituale in genere a traverso il tempo, l'abitudine in senso stretto, assicura la solidarietà spirituale nello spazio, in seno di una medesima generazione. Entrambe costituiscono le basi sulle quali verranno fondate le nuove costruzioni, il cemento con cui verranno saldate le nuove conquiste, i serbatoi in cui si conservano e si accumulano le energie, onde risulta l'individualità, la forza di resistenza e di sviluppo di un dato popolo.

Per questo i popoli forti, i popoli che posseggono grande capacità di adattamento e vigoria di sviluppo, si mostrano tenacemente affezionati e fedeli alle proprie abitudini e alle pro-

prie tradizioni. Una quantità di leggende e anche di teorie scientifiche sono in fondo la conseguenza di questo attaccamento al passato (attaccamento profondamente connesso col bisogno di conservazione e con le leggi delle nostre associazioni mentali) (1), come sono anche il riconoscimento cosciente o incosciente del processo organico per lente formazioni. Le leggende dell'età dell'oro, come la famosa dottrina machiavellica di richiamare verso i loro principii le repubbliche degenerate, come le teoriche dei giuristi e dei pubblicisti inglesi, secondo i quali lo sviluppo della costituzione politica dell'Inghilterra non è stato che un ritorno verso le antiche istituzioni libere dei primi anglo-sassoni; altro non stanno a dimostrare che il bisogno nelle società di certi punti di appoggio verso il passato, il bisogno di ripetere ancora una volta quello che è già accaduto, l'orrore di lanciarsi ciecamente verso l'avvenire, il desiderio di conservare immutate una gran parte delle proprie produzioni.

§ 23. — Per cui, il venir meno o l'indebolirsi di un tale attaccamento è sempre un cattivo indizio, è segno di un grande malessere e può costituire il prodromo di grandi rivolgimenti e di perturbazioni profonde.

È il fenomeno che ci presentano appunto le moderne società civili. Specialmente in alcune di esse, l'attaccamento verso le tradizioni e le vecchie abitudini si va di giorno in giorno indebolendo. Popoli e governi sentono impellente il bisogno delle novità, il bisogno di modificare, trasformare, rinnovare, e non in questa parte o in quella, ma possibilmente in tutte le parti, da tutti i lati, sotto tutti gli aspetti. E i popoli invocano dai governi leggi e provvedimenti, come se i governi possedessero la verga dotata di virtù maravigliose, capaci di trasformare improvvisamente tutte le cose del mondo; mentre i governi alla loro volta, prodotto del loro ambiente, si vanno sempre più convincendo di possedere questa verga, come si vanno sempre

(1) Siccome la nostra coscienza tende a mantenere le sensazioni piacevoli e ad allontanare le dolorose, così ricorda del passato solo i lati più piacevoli e lo abbellisce con tutti i colori della fantasia.

più convincendo che tutto, o almeno il maggior numero possibile di cose, ha bisogno di essere trasformato, rifatto, regolato con nuovi principii, onde non rispettano più nè usi, nè consuetudini, nè tradizioni. La legge ha bisogno di fare intorno a sè il deserto perchè ogni riforma deve essere *ab imis fundamentis,* deve possibilmente scardinare la società dalle sue basi per sostituire ad essa una società nuova in tutte le sue parti.

Questo spirito innovatore si manifesta (fatte naturalmente le proporzioni e tenuto conto delle diversità) nei più grandi come nei più modesti piani di riforma, nelle dottrine dei partiti più avanzati. Tormentate da questo impellente bisogno d'innovare, le moderne società non trovano posa, come la famosa inferma di Dante; e intanto niente può assumere aspetto stabile. — Gli ordini, gl'istituti, i rapporti, le condizioni delle persone e dei gruppi, i loro rispettivi diritti, la loro posizione nella convivenza non riescono a fissarsi, non riescono ad assumere un carattere stabile e definitivo; ma tutto diventa mobile e oscilla in balia degli eventi, tutto tende a scomporsi, a frantumarsi, a sminuzzolarsi, a polverizzarsi alla più piccola scossa, per opera del più piccolo attrito.

Una siffatta condizione di cose riesce in fondo contraria a ogni effettivo progresso però che ogni progresso implica sempre un certo consolidamento di ordini e di rapporti come di sentimenti e d'idee, una serie di successive conquiste e quindi un avviamento verso forme di adattamento più complete. Ma, le nuove acquisizioni non possono riguardarsi quali conquiste se non quando siano già immedesimate, organizzate definitivamente nell'organismo, come anche una forma di adattamento non può dirsi definitivamente acquisita se non quando la società vi si sia potuta definitivamente adagiare, se non quando la vita sociale e politica si sia plasmata in quella data guisa e le sue parti vi si siano coordinate in modo stabile. Ora, questo processo di organizzazione non può mai aver luogo quando i rapporti, sempre oscillanti, rimangono in uno stato di mobilità perpetua.

Un tale stato di cose, non è solo contrario a ogni progresso,

ma è anche incapace di assicurare alle persone una data somma di felicità e di benessere. Perchè in tali condizioni gl'individui sono quali atomi erranti, quali monadi sparse, che non riescono a congiungersi in formazioni definitive; quali peregrini che viaggino perpetuamente verso l'ignoto, quali naufraghi in balia delle onde, che non arrivino mai a toccare la spiaggia desiderata. Incerti dell'oggi e più incerti dell'indomani, non giungono mai a dar forma stabile ai loro sentimenti e alle loro idee, non riescono ad imprimere ai loro interessi e alle loro condizioni un assetto definitivo.

Onde quelle molteplici forme di anarchia nel campo della scienza, delle arti, della politica, degl'interessi economici, che generano la miseria spirituale e materiale; l'incertezza delle fortune, degli ordini, degl'istituti, delle dottrine, i dubbi, gli scoramenti profondi e la successiva scomparsa di tutte quelle illusioni e di tutti quei vincoli, che possono abbellire la vita o indurre a sopportarne agevolmente il peso.

Infine poi un tale stato di cose produce le più deplorevoli conseguenze sul carattere individuale e nazionale.

Il carattere non può non riflettere quella fiacchezza e quella mobilità che si manifesta in tutte le cose sociali. Il carattere è anch'esso una condizione e in pari tempo una conseguenza dell'ordinamento stabile, di una serie di secolari adattamenti, consolidantisi in forme definitive e durature; onde per avere caratteri forti e tenaci, occorre che in una società si costituiscano le salde basi della consuetudine e della tradizione. Su queste basi i caratteri si svolgono come sur un fondamento saldo e sicuro. Dove queste invece sono deboli, dove tutto ad ogni momento può essere scosso e messo in discussione, solo i caratteri deboli e mutevoli trovano condizioni propizie di esistenza e di sviluppo.

La società perde allora la sua individualità, la sua propria fisionomia, che consiste appunto nei suoi ordini, nei suoi rapporti, nelle sue forme peculiari e permanenti, come anche nella condotta coerente delle persone onde risulta. E con l'individua-

lità perde il proprio carattere, che è l'espressione più elevata del suo essere.

Tutto questo dimostra all'evidenza la grande funzione che la tradizione e l'abitudine esercitano in seno degli umani aggregati. Se un semplice indebolirsi del sentimento e dello spirito di abitudine e di tradizione e quindi delle coordinazioni di forze onde quei fatti derivano, può produrre tali conseguenze, si capisce quali effetti potrebbero derivare dalla loro assenza completa. Dopo ciò si può anzi ragionevolmente affermare, che senza quelle coordinazioni stabili, una società umana, non solo non potrebbe sussistere, ma non si potrebbe neppure concepire. Se non ci penetriamo di questa verità non potremo mai comprendere pienamente in che modo l'abitudine si possa costituire, anche in breve tempo e con grande facilità, e per qual ragione, una volta costituita, tenda a conservarsi con la massima tenacia negli aggregati umani.

La disproporzione che spesso apparisce fra il processo formativo e la potenza di resistenza, fra le forze per cui apparentemente sorge e quelle che essa dispiega per conservarsi, non si potrebbe spiegare senza tener presente la tendenza originaria della società a fissare le coordinazioni di parti una volta che si sono prodotte, e ciò tanto più facilmente, quanto più sono connesse e rispondono alle esigenze fondamentali della consistenza sociale.

§ 24. — Spiegato in tal modo il meccanismo e l'economia dell'abitudine individuale e sociale, ci rendiamo subito conto di una cosa, cioè dall'autorità che acquistano nel nostro animo le abitudini e i sentimenti, che ad esse ci legano.

Le abitudini fisiologiche, quelle cioè che si riferiscono al funzionamento del nostro organismo e lo regolano e lo determinano, diventano completamente automatiche, sono interamente *ricordate* dall'organismo stesso, in cui si fissano e non hanno bisogno di alcun intervento da parte della nostra volontà. Esse si affacciano soltanto alla nostra coscienza (superano la soglia della coscienza) quando un ostacolo si frappone al loro funzionamento. Allora il non procedere in quella linea di minima re-

sistenza si annunzia con un senso di malessere, di novità e la nostra attenzione viene chiamata in soccorso, la volontà deve intervenire per provvedere a quella nuova forma di aggiustamento richiesta dalle circostanze nuove e a cui la vecchia abitudine non può sopperire.

Ad esempio, noi passeggiamo per la campagna tutti assorti nella lettura; la strada che percorriamo, prima eguale e piana, diventa improvvisamente disuguale e ripida. Noi cominciamo a provare un senso di malessere, poichè le nostre abitudini di locomozione, il nostro senso di orientazione e di equilibrio si sono pienamente organizzati di fronte ai casi ordinari, alle medie, ai fatti costanti; e non di fronte ai casi straordinari, ai fatti estremamente variabili; per cui la nostra attenzione viene distolta dalla lettura e la nostra volontà è chiamata ad intervenire per presiedere a quegli aggiustamenti organici richiesti dalla novità del caso. Questa è la ragione per cui difficilmente ci riesce di leggere e di portare tutta la nostra attenzione su ciò che si legge allorchè si percorre una strada disuguale e molto accidentata.

Quando invece si tratta di abitudini psicologiche, le quali si riferiscono a stati della nostra coscienza, la cosa si svolge in modo alquanto diverso, l'automatismo per lo più non arriva allo stadio di completa inconscienza, ma rimane allo stato di *predilezione.* Noi *prediligiamo* cioè le forme abituali di coordinazione d'idee, d'impulsi volitivi, di sentimenti, quantunque, allorchè l'abitudine è consolidata, non sappiamo più darcene una ragione e non sentiamo neppure il bisogno di ricercarla. E tale predilezione fa sì che quelle coordinazioni acquistino nella nostra mente una *certa autorità;* perchè esse vogliono farsi valere e stimolano a loro favore quei sentimenti che operano quando si tratta di un'autorità esteriore.

Quest'autorità si va sempre più accentuando a misura che l'abitudine si consolida e si radica nella coscienza per mezzo della ripetizione. Però che quelle coordinazioni tanto più s'impongono allora alla nostra coscienza e si fanno rispettare e vogliono la preferenza di fronte alle coordinazioni nuove e acci-

dentali. Una credenza, una maniera di sentire o di volere, o di agire, divenute abituali nella nostra mente, sono una credenza, una maniera per noi autorevoli, noi abbiamo una istintiva tendenza a rispettarle, noi le rispettiamo di fronte alle nuove credenze, alle nuove maniere di sentire, di volere o di operare. E quello che è più curioso, il più delle volte, dopo averle discusse e criticate, sentiamo che esse hanno su di noi la medesima forza di prima, esercitano la medesima autorità.

L'istesso avviene per le abitudini sociali che hanno tutte un'origine psichica. Esse creano a loro favore una *predilezione* negli animi, sui quali quindi acquistano *autorità*. Anzi l'elemento dell'autorità quivi si accentua, perchè la forza che genera l'abitudine allora non viene più da noi, o tutto al più noi non contribuiamo a produrla che in piccola parte. Un'abitudine sociale risulta dagli sforzi, dal concorso cosciente o incosciente di un numero indeterminato di persone, tanto più esteso, quanto più numerosi sono i rapporti e i gruppi di popolazione, cui si riferisce. E molte volte anche essa non è che il retaggio dei secoli passati, il prodotto delle precedenti generazioni, onde le generazioni nuove contribuiscono soltanto col loro atteggiamento passivo a rinforzarne l'autorità.

In tutti i casi poi si capisce che quest'autorità sarà tanto maggiore, quanto maggiori e più numerosi sono stati gli sforzi e le ripetizioni che hanno dato origine all'abitudine. L'autorità di cui questa gode è insomma l'espressione morale della forza concentrata durante il processo formativo e sarà tanto più grande quanto più grande è la quantità di questa forza. Per esempio, le abitudini che si riferiscono all'ospitalità o al vestito nazionale di un popolo esercitano per ciò solo che esistono da tempo immemorabile, tale un ascendente e assumono tale autorità, che apparisce indiscutibilmente una cosa obbligatoria ricevere e accogliere gli ospiti in quel dato modo e vestire secondo quella data foggia.

Questa predilezione, la forza d'autorità che essa genera o con cui si estrinseca, possono, è vero, rimanere latenti, cadere in uno stato di semi-coscienza, non essere percepite in tutta la

loro forza, ma non per questo esse sono meno vive e meno intense. La loro intensità si rivela tutta intera nei contrasti, quando l'abitudine si trova di fronte a nuove coordinazioni di pensieri o di atti, o quando altri usi tentano di farsi strada, o quando non è più in armonia con nuove condizioni di tempo o di luogo.

§ 25. — Ora, la predilezione, l'autorità, non sono che l'equivalente psicologico e sociale di ciò che è puro automatismo nell'organismo. Negli organismi solo in un senso metaforico possiamo dire che vi siano predilezioni, che le cellule obbediscano a una specie di autorità e che questa sia la linea di minima resistenza creatasi per la loro costante coordinazione in un dato modo. Negli organismi si può solo parlare di tendenze organiche, di predisposizioni.

La predisposizione propriamente detta apparisce nel campo psicologico e con essa apparisce il sentimento di autorità, che sono come i due aspetti di un medesimo fenomeno.

Tanto nella psicologia dell'individuo come in quella della società la predilezione e l'autorità sono la risultante della ripetizione, che ha valso a generare l'abitudine. In altri termini, esse non sono che i mezzi psichici, a così dire, con i quali e per i quali l'abitudine si genera e si consolida. Il sottostrato fisiologico può consistere anche qui in una disposizione di molecole o di cellule, determinata a poco a poco da una forza, che costantemente agisce nel medesimo senso, ma, psicologicamente questa tendenza apparisce come predilezione e acquista forza di autorità.

Segue da ciò che l'autorità non è in fondo che l'obbiettivarsi di una predilezione, non è che disposizione di menti, o, in genere, di coscienze, verso una data cosa o un dato modo di agire, qualificata da un sentimento di rispetto, il quale è alla sua volta un effetto della stessa ripetizione.

Il concetto dell'*autorità* in questo caso non differisce dal concetto dell'autorità in genere, quantunque la connessione non possa essere scorta a prima vista, specialmente da coloro che hanno presente il concetto volgare di *autorità*. Certo, l'autorità è qualche cosa che impone rispetto e richiede obbedienza.

Ma perchè essa produce tali effetti? Perchè ha forza di destare nell'animo sentimenti di ammirazione, rispetto, obbedienza; onde è per mezzo di questi sentimenti che l'autorità riesce ad affermarsi. Tutto ciò che mette in moto o è capace di mettere in moto tali sentimenti, acquista autorità, tanto nell'animo dei singoli individui, quanto in genere nella coscienza dell'aggregato. E questi sentimenti sono appunto predisposizioni, predilezioni, che possono venire determinate, tanto da un fatto che impressiona fortemente per la sua intensità, che da un fatto che impressiona per la sua durata. La forza che opera sulla coscienza in un dato momento può essere la stessa e non importa che in un caso possa essersi raccolta improvvisamente e in un altro siasi raccolta per lenta accumulazione.

Il foro che produce nella pietra un trapano poderoso in pochi istanti può essere anche prodotto da una goccia d'acqua nel volgere dei secoli. Una volta scavato, esso rappresenta la medesima quantità di forza e non importa poi, dal punto di vista degli effetti, se tale quantità di forza siasi raccolta in un modo piuttosto che in un altro. Ciò che produce l'impressione (quello cioè che s'*imprime* e resta *impresso* nella coscienza) è l'azione della ripetizione, onde l'impressione è tanto più profonda, quanto più volte la ripetizione ha luogo ed è di data più antica e immemorabile. Essa per conseguenza può raggiungere la medesima intensità di una forza che desta improvvisamente nella coscienza sentimenti più vivi, e quindi di un'autorità che conquide gli animi nel più breve spazio di tempo.

§ 26. — Questa teoria ci permette di spiegare nel miglior modo perchè le abitudini godano maggiore autorità e siano quindi più rispettate e più salde presso i popoli rozzi anzi che presso i popoli civili.

Sappiamo infatti che presso i popoli primitivi le abitudini, sotto forma di consuetudini, usi, cerimoniali, tradizioni ecc. regolano tutte le azioni della vita, dalle più gravi alle più insignificanti, dalle più grandi alle più piccole, dalle più volgari alle più solenni, per modo che la vita di quei popoli si svolge automaticamente quale un meccanismo in precedenza combinato.

Nei popoli civili invece gli usi diventano più mobili, più elastici, più facilmente oscillanti, si trasformano con una relativa facilità, non hanno la medesima tenacia, non presentano la medesima forza di resistenza contro le innovazioni.

Perchè ciò? Una delle ragioni principali, secondo noi, è appunto questa: nei popoli primitivi la vita più semplice, le condizioni più stabili, i rapporti più tipici permettono agli usi di ripetersi un infinito numero di volte nelle identiche condizioni, e la ripetizione costante, permette di raccogliere a favore dell'abitudine una considerevole quantità di forza, onde se ne accresce immensamente l'autorità e se ne assicura la più rigida osservanza. Mentre, tutto all'opposto, nei paesi civili, le condizioni più complesse e più variabili, i rapporti più mutevoli, non permettono sempre agli usi di ripetersi in tutto nelle identiche condizioni o di ripetersi un infinito numero di volte, e l'abitudine non riesce più a raccogliere a proprio favore quella quantità straordinaria di forza come nel caso precedente. Allora l'autorità di essa deve essere necessariamente minore, e minore per conseguenza la fedeltà e la tenacia con cui si rispetta.

§ 27. — Dunque la ripetizione genera autorità.

Basta vedere come si creano le convinzioni nella nostra mente per persuadersene. Perchè una convinzione si affermi e acquisti autorità sulla nostra coscienza, non è sempre necessario che essa sia conforme alla realtà delle cose o ai principî della logica, quello che invece è necessario è che essa sia più volte affermata e ripetuta. La ripetizione impressiona, suggestiona l'animo nostro e noi finiamo per convincerci della verità di un' affermazione anche senza discuterla.

Questo è del resto il segreto della *rèclame*. La virtù di un rimedio, i pregi di un'invenzione più e più volte ripetuti, finiscono per aver presa su di noi. Ci sembra che cento voci abbiano detto la medesima cosa, che l'affermazione ci venga da tante parti, onde essa acquista autorità e prestigio sull'animo nostro. Noi dimentichiamo il giornale, l'affisso ecc. in cui avevamo letto la notizia, la *rèclame* che magari avevamo deriso e

finiamo per credere e acquistare l'oggetto, se non addirittura per difenderne anche noi le qualità.

CAPITOLO IV.

Della consuetudine giuridica in ispecie. — Meccanismo ed economia di essa.

§ 28. — Dopo quest'analisi dell'abitudine in genere, è ora tempo di passare alla consuetudine giuridica in ispecie.

Questa, come abbiamo detto, non è che una forma d'abitudine, un'abitudine che si riferisce alla nostra condotta morale, e propriamente a quella parte di essa che si riguarda come più direttamente connessa alla coesistenza e allo sviluppo sociale ed è capace di ricevere sempre una sanzione esteriore. L'abitudine regola la coesistenza sociale in genere, la consuetudine regola in ispecie la coesistenza giuridica, cioè a dire, quei fatti che vengono considerati come di maggiore importanza per la coesistenza sociale, e che hanno natura tale da poter essere sempre resi esteriormente obbligatori.

Essa, per conseguenza, si costituisce nel modo medesimo col quale si costituisce l'abitudine, cioè per mezzo della ripetizione ed esercita il medesimo còmpito, quello di fissare definitivamente certe coordinazioni di rapporti, che qui sono rapporti giuridici esclusivamente, e permettere quindi alla volontà sociale di concentrare successivamente tutta la sua forza altrove per la determinazione di altre norme, di altre coordinazioni di rapporti. Non sarebbe mai possibile a una data convivenza di formarsi un proprio diritto, quando la volontà sociale dovesse vigilare contemporaneamente e distribuire la sua forza su tutte le parti dell'aggregato per costringere ciascuna ad accettare le norme, cui deve assoggettarsi a fine di potere coesistere con le altre. Onde, come interessa sommamente a ogni convivenza di avere un diritto, così le interessa sommamente di produrre nel proprio seno un meccanismo che valga a far sorgere nel modo

più facile e più semplice le norme giuridiche e in pari tempo valga ad assicurar loro l'osservanza e la durata.

Questo meccanismo è appunto la consuetudine. Ogni società è irresistibilmente condotta a produrre innumerevoli consuetudini giuridiche; e più essa ha vitalità e potenza di sviluppo e più si mostra atta all'adempimento di questo còmpito, perchè con ciò viene sempre più a consolidare la propria esistenza e a determinare le basi del suo progresso. La consuetudine, mentre risparmia e utilizza una quantità grande di forza sociale, che andrebbe altrimenti dispersa senza produrre utili risultati, rende possibile in una società la coesistenza di un numero grande di norme giuridiche e ne assicura nel miglior modo il rispetto.

Per cui giustamente si può dire che, per opera della consuetudine, il diritto si mantiene da sè, provvede a sè stesso, come un meccanismo che, una volta messo in moto, regola da sè stesso i propri movimenti, senza che altri provveda con interventi replicati.

E questo fatto, si noti bene, avviene tanto per la consuetudine che per la legge. La consuetudine si produce per opera della concentrazione della volontà sociale sopra un dato gruppo di rapporti, quando questa concentrazione duri fino a tanto che quei rapporti si siano permanentemente disposti ad agire in quel dato modo. Ma, anche la legge si produce per opera della concentrazione della volontà sociale sopra un dato gruppo di rapporti: solo che in quest'ultimo caso la concentrazione si rivela per un comando espresso, mentre nel primo caso si rivela con la costante ripetizione dell'atto. E nell'un caso è la ripetizione dell'atto, nell'altro il comando espresso che conferiscono autorità alla norma.

La costante ripetizione rende la norma consuetudinaria autorevole e dispone le menti a obbedirla, come rende autorevole e fa obbedire l'abitudine in genere. Ma se ben si pensa, questo processo della ripetizione si verifica e produce i suoi effetti anche rispetto alla legge, che sarà tanto più obbedita, quanto più gli animi saranno abituati ad obbedirla, e quest'abitudine non

può essere anche qui che l'effetto della ripetizione, cioè l'accettazione ripetuta della volontà del legislatore in genere e delle disposizioni in ispecie di quella data legge.

Così, quando si dice che occorre una fibra legale nell'uomo perchè esso sia disposto ad obbedire spontaneamente alla legge, in fondo si viene a riconoscere, l'*abitudine dell'obbedienza alla legge*.

§ 29. — Quali sono adunque le cause che danno forza obbligatoria alla consuetudine giuridica e come questa forza si determina?

Le cause possono essere molte, ma la causa vera, la causa precipua fondamentale è una sola: la ripetizione. Le altre sono cause secondarie e possono venire ad essa direttamente o indirettamente ricondotte.

La forza obbligatoria della consuetudine è anzitutto una manifestazione della forza d'energia. Si obbedisce alla norma consuetudinaria perchè si è agito più di una volta in armonia con essa e si considera come obbligatorio quel dato modo di agire, perchè si è operato più di una volta a quel dato modo, onde operare a quel modo richiede uno sforzo minore che operare in modo diverso.

Ma ciò non basterebbe a far sorgere nella coscienza l'idea e il sentimento dell'obbligo. A ciò contribuisce inoltre quella forza viva che si è venuta accumulando e addensando (diciamo quasi *immagazzinando*) nelle coscienze a misura che la ripetizione ha avuto luogo. È questa la forza che opera sugli animi, che genera la predilezione per quel dato modo di agire e che finisce per renderlo autorevole e quindi per farlo apparire come obbligatorio. Un modo d'agire nuovo che s' inizia, che si manifesta per la prima volta o si deve per la prima volta operare può avere a suo favore altre forze, può essere determinato da numerose cause, ma sarà sempre un modo nuovo; non trova quindi nella coscienza un terreno predisposto e non si presenta col medesimo grado di obbligatorietà che assume un modo di agire già vecchio.

Con ciò non si nega che un nuovo modo d'agire possa es-

sere accompagnato dalla medesima autorevolezza, dalla medesima quantità di forza obbligatoria; ma ciò avviene quando le cause che determinano quel nuovo modo d'agire hanno potuto produrre nella nostra coscienza i medesimi effetti che opera la stessa ripetizione dell'atto. Così, quando si tratta di forti aspirazioni, sorte spontaneamente nella nostra coscienza o determinate da potenti suggestioni, dalle quali provenga poi un dato modo di agire. Allora abbiamo nella nostra coscienza una linea di minima resistenza formatasi nel senso di quelle aspirazioni, per conseguenza l'attrazione determinata dal minimo sforzo e il concentramento di forza viva che inducono ad agire a quel modo.

Il fenomeno in fondo è sempre identico, si tratta sempre di un processo più o meno lungo di ripetizione; soltanto che in questo caso esso si produce solo nel mondo interno, mentre nel primo caso si determina nei rapporti fra i nostri atti interni e i nostri atti esterni, fra la nostra coscienza e i nostri modi di attività. Infatti un'aspirazione della nostra mente non implica un solo stato di coscienza, ma una serie di stati che si succedono sotto forma di desideri e prendono tanto più piede quante più volte si ripetono; perchè a parità di condizioni, quante più volte si ripetono tanto più riescono a provocare nella nostra coscienza una disposizione ad essa favorevole e a coordinare in quel dato modo le nostre forze psichiche.

§ 30. — La ripetizione è adunque, in tutti i casi, il mezzo per produrre quella concentrazione di forze, onde poi l'abitudine in genere e la consuetudine in ispecie vengono determinate.

Si presenta allora la vecchia questione: quante volte la ripetizione debba aver luogo perchè possa sorgere la consuetudine? Una tale questione non può certamente venir risoluta in termini matematici, poichè, secondo la natura delle forze, delle coordinazioni da produrre e delle condizioni che le accompagnano, la ripetizione può produrre il suo effetto in un numero maggiore o minore di volte. Così, a parità di condizioni, una coordinazione complessa può richiedere un numero maggiore di ripetizioni di una coordinazione semplice; e parimenti, una coordinazione determinata da una quantità considerevole di forze

morali o da una forza morale molto intensa (aspirazioni, entusiasmi, potenti suggestioni, sentimenti religiosi ecc.) può richiedere un numero minimo di ripetizioni, perchè la forza, invece di accumularsi lentamente si accumula in questi casi tutto ad un tratto; o per meglio dire, quando la forza psichica si estrinseca nella coordinazione degli atti, essa si era già accumulata nelle coscienze e quindi la ripetizione aveva già avuto agio di operare quivi i suoi principali effetti.

Invece, quando le forze che agiscono sono poche o poco intense (piccoli interessi, piccoli bisogni, sentimenti moderati, ecc.) la coordinazione non assume carattere obbligatorio che dopo un numero abbastanza grande di ripetizioni, perchè allora la forza necessaria per produrre quell'effetto non si è accumulata nell'interno e si deve accumulare lentamente con la esterna ripetizione degli atti.

E così, anche quando la ripetizione è un' imitazione, massime se imitazione di ciò che hanno fatto persone autorevoli o di ciò che si è fatto in altri tempi, il sentimento dell'obbligo può determinarsi con un numero minore di volte. Sempre, in fondo, per la ragione detta innanzi, perchè in questo caso la forza che opera diventa assai intensa (potenti suggestioni, autorevolezza dell'esempio, origine misteriosa del primo atto, ecc.).

Si verificano poi dei casi che sembrano in aperta contradizione con i principî enunciati. Possono cioè darsi coordinazioni assai complesse, sia per i rapporti cui si riferiscono, sia per il numero delle persone che vi prendono parte, le quali acquistino carattere obbligatorio anche quando non si siano prodotte che una sola volta. Ma, quantunque ciò possa sembrare in contrasto con i principî esposti, non è in fondo che una conseguenza dei medesimi principî. Infatti, queste coordinazioni complesse richiedono, per prodursi, un grande impiego di forza psichica e questa forza può per conseguenza operare in una sola volta quegli effetti, per i quali occorrerebbero altrimenti numerose ripetizioni. Inoltre per tali coordinazioni bisogna vincere una quantità maggiore di forza d'inerzia, e una volta che questa forza è stata vinta in un dato modo, diviene più accen-

tuata la tendenza a seguire quel dato modo anzi che affrontare ad ogni nuova occasione una quantità eguale o maggiore di forza per istituire un nuovo modo di agire.

Lo stesso bisogno di conservazione e di sviluppo della convivenza e la necessità di affrontare forme sempre più complesse di coordinazione promuovono istintivamente queste tendenze, favorendo così la maniera più facile per la formazione delle coordinazioni più complesse; e certamente la maniera più facile è quella di rendere autorevoli queste coordinazioni fin dal loro primo costituirsi. Questa è la ragione principale per cui certe coordinazioni molto complesse possono acquistare una grande forza obbligatoria anche se non si sono prodotte che una volta sola.

§ 31. — E questo è anche il segreto per cui il precedente acquista ben tosto una così grande autorità in seno dei corpi deliberanti.

Una gran parte del diritto che regola i rapporti interni di assemblee, consigli, corpi deliberanti, ecc. e stabilisce il loro funzionamento e le norme della loro condotta, viene determinato appunto dal precedente. Così, per citare un esempio cospicuo, gli usi parlamentari, onde è costituito una buona parte del diritto parlamentare di varî paesi, non sono che un insieme di precedenti, alcuni dei quali hanno avuto occasione di ripetersi più volte e altri non si sono ancora verificati che una volta sola; ma gli uni e gli altri sono egualmente obbediti e acquistano per le rispettive assemblee una forza obbligatoria simile a quella che hanno le leggi o i regolamenti da essi espressamente votati.

E l'istesso possiamo osservare in seno di tutte le assemblee e di tutti i corpi che deliberano, qualunque sia la loro composizione o il loro scopo, come: associazioni, accademie, facoltà universitarie, consigli scolastici, corti di giustizia, consigli amministrativi e via discorrendo.

Perchè un precedente può acquistare in seno di un'assemblea tanta autorità e tanta importanza? Perchè, ad esempio, un fatto come questo, che il presidente cioè di un'assemblea un

giorno attese che i membri presenti raggiungessero il numero di 40 prima di aprire la seduta, valse a far fissare a 40 il *quorum* dell'assemblea stessa, come avvenne appunto nella Camera dei Comuni inglese? E perchè altre volte una risoluzione presa da un'assemblea sopra un dato argomento viene in seguito, dopo un certo tempo, invocata ed applicata a risolvere un caso simile, anche quando si riconosca che quella risoluzione non era pienamente secondo giustizia? E perchè udiamo spesso ripetere in seno delle assemblee: « certo sarebbe meglio risolvere la questione in modo diverso, ma abbiamo un precedente che ci lega le mani »; e tutto ciò detto con quella convinzione e con quel tono con cui si direbbe che, quantunque la legge sia ingiusta oramai esiste e bisogna applicarla, *dura lex, sed lex?*

A tutte queste domande non si può rispondere adequatamente se non tenendo presente quello che abbiamo detto. Se il precedente acquista in così poco tempo tanta autorità e tanta forza obbligatoria, da far pensare quasi a una disproporzione tra causa ed effetti, ciò avviene, prima di tutto, perchè l'accordo in un'assemblea, massime se numerosa, è una cosa così difficile e richiede tanti sforzi l'ottenerlo completo o da parte anche di una semplice maggioranza, sopra un dato oggetto, che si è ordinariamente molto più disposti ad accettare un accordo già avvenuto, anzi che creare un accordo nuovo. In secondo luogo, perchè la forza d'inerzia che bisogna vincere per indurre un'assemblea ad accettare una soluzione vecchia è immensamente minore di quella che bisogna vincere per farle accettare una soluzione nuova. Le assemblee, come gli uomini che le compongono, sono istintivamente condotte a seguire la legge del minimo mezzo, e la legge del minimo mezzo induce all'accettazione cieca del precedente. Con l'accettazione del precedente, quantunque si possàno alle volte commettere delle ingiustizie e si corra il rischio di restringere e immobilizzare il diritto entro le vecchie forme e allontanarlo dalla variabilità dei casi reali; si rende d'altra parte possibile alle assemblee di risparmiare un tempo considerevole e di utilizzare una quantità di forze, che

andrebbero altrimenti disperse e non produrrebbero effetti proporzionati alla loro intensità.

Ecco in che modo le coordinazioni complesse possono richiedere una quantità minima di ripetizioni per fissarsi ed acquistare autorità e forza obbligatoria.

A questa causa potrebbe anche aggiungersi il sentimento o il bisogno della coerenza onde può essere dominata un'assemblea in conseguenza dello spirito di solidarietà che lega i membri presenti e passati in un corpo solo e in una sola anima. Ma, se ben si pensa, la coerenza può riguardarsi piuttosto come una scusa anzi che come una causa, poichè, come in genere si conosce, la coerenza non è il forte delle assemblee e dei corpi deliberanti. La coerenza può quindi essere piuttosto l'illusione sotto cui si nasconde quella forza della quale nessuno si sa rendere un conto chiaro e preciso.

Ma, ammesso pure che la coerenza abbia una parte considerevole nella produzione del fenomeno, la sua azione sarebbe pur sempre connessa col fatto della ripetizione, poichè coerenza di pensiero o di azione significa appunto tendenza alla ripetizione del medesimo modo di pensare e di agire tutte le volte che le medesime circostanze si ripresentano. Il precedente allora acquisterebbe autorità, non solo per la linea di minima resistenza che inizia, ma anche per la nuova forza psichica che si determina a suo favore per opera di questa disposizione di animo, cioè la forza di coerenza.

§ 32. — Non occorre poi spendere molte parole per dimostrare che la ripetizione, a fine di produrre tali effetti, deve svolgersi sempre in modo identico, o almeno, assai somigliante, deve essere cioè *costante* e *uniforme*, come dicono i giuristi.

Di regola la ripetizione non può determinare una linea di minima resistenza verso un dato indirizzo e quindi una predilezione in quel dato senso che quando si svolge sempre in quel dato modo, quando riproduce sempre a quella maniera la coordinazione che si è una volta prodotta. Se la coordinazione si riproduce invece in maniere diverse, in luogo di una concentrazione avviene una dispersione di forze e gli effetti indicati

non si possono allora verificare. Ma se ben si pensa, in questi casi non si può più parlare di ripetizione nel vero rigore del termine, poichè si tratta di fatti nuovi, se non in tutto, almeno in parte.

Nemmeno peraltro l'uniformità e la costanza possono essere intese in un significato assoluto, poichè la ripetizione può produrre i suoi effetti anche quando tali condizioni non si verifichino interamente, o almeno quando mutano alquanto i fatti e le coordinazioni che si ripetono, purchè rimanga pertanto fermo il principio, diciamo così, informatore, della ripetizione stessa. Infatti la norma, il principio che vengono fuori da una prima coordinazione di atti può essere mano mano esteso ed applicato a coordinazioni nuove più o meno diverse da quella prima. In tal caso la ripetizione è costante rispetto alla coordinazione cui viene applicato. Di modo che nella consuetudine vi è un elemento costante che costituisce appunto la sua parte formale, vi è un elemento mobile che costituisce la sua parte materiale. E quando si parla di costanza della ripetizione non ci si vuole riferire a quest'ultimo elemento, ci si vuole riferire a quel primo, poichè da esso proviene la forza obbligatoria e il criterio, diciamo così regolatore delle successive coordinazioni, quello che scava la linea di minima resistenza nella coscienza pubblica e rappresenta la concentrazione degli sforzi utilizzabili nei successivi casi. Ma è indubitato d'altra parte che le varietà che si producono nell'altro elemento (cioè nel contenuto delle coordinazioni) non possono più o meno non riflettersi anche su questo; poichè queste varietà apportano alla norma elementi nuovi e la rendono più elastica, la inducono ad espandersi e magari a trasformare lentamente la sua prima natura.

Ad ogni modo tali modificazioni sono insensibili e non distruggono l'uniformità e la costanza della ripetizione. Queste invece vengono meno quando il distacco fra due successive coordinazioni è troppo grande e si riferisce ai suoi lati essenziali e cioè all'elemento formale della consuetudine, al suo principio regolatore. Per citare un esempio già addotto, quando il presidente di un'assemblea un giorno aspetta che il numero dei pre-

senti sia di quaranta per aprire la seduta e un altro giorno aspetta che siano cinquanta o si contenta di trenta; non si può dire che la ripetizione sia costante e uniforme, perchè si verificano variazioni nella parte essenziale della consuetudine, che in questo caso sarebbe la cifra costituente il numero legale. Invece, se per raggiungere la cifra di quaranta il presidente calcola un giorno come presenti que' membri, che pur non essendo nella sala propriamente detta, sono nelle sue immediate adiacenze, o pure considera come presenti un numero di quaranta membri o finge che questo numero sia stato raggiunto e apre la seduta senza occuparsi a contarli; in tutti questi casi la costanza e l'uniformità della ripetizione non vengono a riceverne nocumento, poichè le variazioni non si riferiscono all'elemento essenziale e regolatore della consuetudine, ma si riferiscono ai suoi caratteri accidentali o meglio al modo come deve essere applicato nelle varie contingenze.

La ripetizione deve adunque prodursi in modo costante ed uniforme nella sua parte formale, ogni variazione che in essa si verifica tende a interrompere e a paralizzare il processo onde si viene concentrando quella forza, che genera poi la predilezione e l'autorità. Ma basta la variazione prodottasi una o due volte ad operare questi effetti negativi di fronte a un gran numero di casi in cui la ripetizione ha avuto luogo in modo costante ed uniforme? In altri termini, si può, rispetto a questi rapporti, istituire un paragone basato sulla somma di casi costanti e dei casi variabili, ed affermare che la consuetudine esiste quando vi sono, ad esempio, quattro casi, in cui la ripetizione è stata costante contro due, in cui ha variato; o non esiste, quando si è verificato il contrario?

A questi calcoli potevano abbandonarsi i vecchi giuristi; ma noi dobbiamo riconoscere che essi non sono compatibili con l'indole delicata dei rapporti, cui si riferiscono e col modo come si genera la forza obbligatoria della consuetudine. Ciò che in questo caso decide non è il numero delle volte favorevoli o contrarie, ma il concentramento della farza psichico-sociale onde si genera l'autorità. Questo concentramento può avvenire anche

se vi sono dei fatti che tendono ad ostacolarlo, come può essere impedito dall'azione di uno solo di questi fatti; ciò secondo i casi. Perciò non si possono fare somme, nè si può decidere *a priori*, ma si tratta di constatare volta per volta se esiste o pur no a favore di una data coordinazione quella forza di autorità, da cui prende origine l'obbligatorietà della consuetudine.

§ 33. — L'uniformità e la costanza della ripetizione non sono adunque in contrasto con la espansività e malleabilità della consuetudine, come chiaramente risulta da ciò che abbiamo or ora notato.

Fra i caratteri più importanti che presenta la consuetudine e per cui essa si differenzia dalla legge, bisogna mettere appunto il suo carattere espansivo e malleabile, per cui la norma, che da essa scaturisce può estendersi a un gran numero di casi, simili ed analoghi, espandendosi mano mano per un numero sempre più esteso di rapporti. Questa è anzi una delle ragioni per cui la norma consuetudinaria diventa la norma più adatta in certi speciali campi del diritto.

Ora, l'espansività e la malleabilità sono benissimo conciliabili con la costanza e uniformità della ripetizione, poichè implicano una serie di successive variazioni, non negli elementi formali, ma negli elementi materiali della norma, non nel principio regolatore dei rapporti, ma nella qualità e quantità dei rapporti stessi; o se producono modificazioni nel principio regolatore, ciò avviene in maniera così insensibile, che il processo di ripetizione e quindi di concentramento delle forze non ne viene menomamente turbato.

Ma da quali cause vengono prodotti questi caratteri della consuetudine? Sempre dalle stesse cause che ne determinano la forza obbligatoria. Infatti, per le stesse ragioni in fondo, per cui la ripetizione genera l'autorità e la forza obbligatoria, produce in esse la tendenza all'espansione; la predisposizione, la predilezione, l'autorità si mostrano per natura espansive, esse tendono ad uscire dalle forme di coordinazioni alle quali si riferiscono per applicarsi a coordinazioni simili ed analoghe.

Vi è innanzi tutto l'azione della stessa forza d'inerzia, la quale, come induce a ricercare e a preferire le vie battute, induce anche a condurre per queste medesime vie tutto ciò che sembra ad esse vicino o vi può essere in qualche modo condotto. Così, un'assemblea preferisce di risolvere con un precedente il caso che si avvicina ad esso in una qualche maniera, piuttosto che procedere ad una nuova soluzione. Per applicare il precedente al caso simile occorre vincere una forza d'inerzia immensamente minore e quindi occorre uno sforzo infinitamente più piccolo di quello che si richiederebbe per risolvere quel caso con l'applicazione di nuovi principî.

In secondo luogo poi, le stesse forze che si sono raccolte e concentrate per produrre il precedente, esercitano già un'azione suggestiva, un fascino, che s'irradia in certo modo ai rapporti di simile natura, trascina facilmente la coscienza dell'assemblea, facendo magari apparire una connessione e una affinità maggiori di quelle che effettivamente esistono fra il fatto nuovo e quello antecedente. E questa suggestione viene a mettere ancor più in rilievo la logica stessa delle cose, a scoprire i lati comuni delle cose affini e accentua la tendenza della nostra mente a cogliere questi lati comuni.

Tale è il processo psichico che sta a base del ragionamento per analogia e del principio di analogia, che esercita una così notevole influenza nella diffusione della consuetudine. Per opera di questo processo la consuetudine acquista un'espansione e un'elasticità, che la legge non può mai avere per la forma più determinata e precisa di cui essa si veste; mentre la consuetudine, assumendo una forma più o meno indistinta, permette alle cause cui abbiamo accennato, di agire con maggiore libertà.

Questa tendenza espansiva e questa elasticità, non solo sono caratteri inerenti alla natura della consuetudine, ma sono fatti pienamente in armonia col còmpito che essa esercita nell'economia dell'aggregato. Tale còmpito consiste, come abbiamo detto, nel rendere possibile un numero sempre più esteso di coordinazioni contemporanee di fatti e di rapporti, e nel permettere così alla volontà sociale di concentrare in un dato punto tutta la sua

forza, senza che le diverse forme di coordinazione contemporanee si disorganizzino e cessino di esistere; o, per adoperare il linguaggio giuridico, essa ha il còmpito di permettere la coesistenza delle norme di condotta, senza bisogno che la volontà sociale continuamente intervenga per renderle volta per volta obbligatorie.

Ora, la consuetudine tanto meglio adempie questo suo còmpito, quanto più riesce a costituire e a mantenere un numero maggiore di coordinazioni sempre più estese e quanto più riesce quindi a ricondurre sotto determinate norme un maggior numero di rapporti. E a questi risultati può tanto più facilmente giungere quando, per mezzo della sua potenza espansiva e della sua elasticità può abbracciare una quantità grande di rapporti simili o analoghi, poichè, rispetto a tali rapporti, il processo con cui si coordinano e si fissano sotto determinate norme, si può compiere in modo più facile e più breve.

La consuetudine per tal modo viene a rispondere tanto più al suo scopo, quanto più si assomiglia, sotto questo aspetto, a una valanga che s' ingrossa mano mano che discende verso la pianura, e acquista nuove forme e diverso volume senza peraltro perdere la sua identità.

A causa di questa tendenza propria della consuetudine, si viene creando intorno ad essa una sfera più o meno ampia di espansione, dotata di una grande elasticità, la quale, come una vasta rete, viene avvolgendo un numero sempre più grande di rapporti. Onde la consuetudine è come il nucleo di una formazione più o meno ricca per quanto è più o meno grande la quantità delle forze che può concentrare a proprio vantaggio e per quanto è più o meno grande la quantità delle circostanze e delle condizioni propizie al suo sviluppo. Quella sfera di espansione può anche staccarsi dal nucleo primitivo e diventare alla sua volta centro di formazioni nuove, dando origine a un sistema nuovo di norme o pure a un sistema più o meno dipendente dal primo o collegato in qualche modo col germe, da cui prese la prima origine tutta quella categoria di coordinazioni.

In tutti i casi poi, tanto il nucleo che la sua sfera di espan-

sione, e questa necessariamente molto più di quello, possono subire nelle successive ripetizioni tutte quelle modificazioni, che rende necessario il processo di adattamento alle mutevoli esigenze dei rapporti umani.

CAPITOLO V.

L' « *opinio juris* ».

§ 34. — Con tutto ciò noi non abbiamo ancora risposto a un quesito fondamentale, nè risoluto quindi un fondamentale problema; non abbiamo cioè risoluto come mai l'autorità dell'abitudine diventi forza giuridica da forza sociale e psichica che è fin da principio.

Infatti, finchè la forza su cui poggia la coordinazione degli atti conserva il carattere di una forza psichica e sociale e non apparisce come un comando che si debba impreteribilmente obbedire e che la società e gli organi che ne esprimono il volere intendano di fare obbedire eventualmente con la coazione, non si può ancora parlare di consuetudine giuridica. La coordinazione rimane una semplice abitudine sociale, a cui si obbedisce perchè riesce comodo o perchè la forza d'inerzia induce ad obbedire, o perchè un'autorità morale ci spinge, anche ci obbliga a farlo; ma il nostro obbligo non può venire imposto o non si considera come tale da venire imposto da una forza esteriore. La coordinazione invece diventa abitudine giuridica quando la forza sociale in genere su cui si fonda, diventa in ispecie forza giuridica e quindi quando l'obbligo di agire nel senso da essa voluto diventa effettivamente coattivo e si ritiene capace di ricevere eventualmente una coazione.

Di modo che, fino a tanto che non avremo spiegato in che maniera si opera questa trasformazione, in che maniera la predilezione e l'autorità diventano forza giuridica e generano un obbligo, non soltanto morale, ma un vero e proprio obbligo giuridico, noi non avremo ancora spiegato in che consista e come si determini la forza obbligatoria della consuetudine.

Riconosciuto ciò, diciamo subito che questa trasformazione si opera per mezzo dello stesso processo di ripetizione, che dà origine all'abitudine sociale in genere; solo che in questo caso quel processo genera una nuova e specifica formazione che è appunto l'*opinio juris*. Cioè a dire la forza sociale divenuta forza giuridica per il sentimento e la convinzione che a poco a poco si genera nella coscienza e per cui un dato modo di agire apparisce conforme al diritto positivo.

Ed ecco che siamo all'*opinio juris* cui attribuisce tanta importanza la scuola storica. Ma per noi l'*opinio juris* non è un fatto primitivo, essa è invece la risultante di tutto il processo per cui si creano le linee di minima resistenza a favore di certe coordinazioni di atti. Onde l'*opinio juris* non agisce per forza propria, ma per la forza che le comunica il processo che la fa sorgere, o per meglio dire, le forze, che si accumulano durante questo processo.

Bisogna quindi intendersi bene sul concetto di essa e sul posto che occupa nell'economia del processo, per cui si determina la vera e propria consuetudine giuridica.

Per *opinio juris* noi intendiamo: « l'intimo e generale convincimento che un dato modo di agire sia conseguenza di una giuridica necessità, sia cioè conforme al diritto positivo come viene inteso e praticato in quella data comunanza e venga quindi imposto dalla volontà collettiva come norma di diritto e come tale eventualmente riconosciuto dagli organi che giuridicamente esprimono questa volontà ». O per dirla più brevemente « essa implica il generale convincimento che un dato modo di agire sia la conseguenza di un comando della collettività ». Spieghiamo un po' i termini della lunga definizione, lunga perchè complesso è il concetto che essa deve definire.

Il convincimento deve essere innanzi tutto *intimo*, non estrinseco ed apparente, perchè la forza che determina la consuetudine è anzi tutto una forza morale e mette le sue prime radici nella coscienza, a differenza della legge, la cui forza è tutta esteriore e la cui esistenza riposa tutta sulla volontà dell'organo autorizzato ad emanarla, indipendentemente dal convincimento

della collettività. Ciò non toglie peraltro che la forza della legge non riposi anche sul convincimento della collettività; ma mentre nella consuetudine questo convincimento procede dall'interno all'esterno, per la legge esso segue un cammino opposto e va dall'esterno all'interno.

Questo convincimento deve inoltre essere *generale*, deve cioè essere il convincimento della intera collettività e non di singole persone o singoli gruppi, poichè altrimenti quella norma non si potrebbe considerare come emanazione della volontà collettiva e come quindi connessa col diritto, onde la collettività è regolata. Parlando di collettività s'intende la collettività politica, cioè l'insieme delle persone che costituiscono uno stato; ciò non toglie che la consuetudine possa superare i limiti della collettività politica e quindi supporre un convincimento diffuso per un numero più o meno grande di tali collettività (es. la consuetudine del diritto commerciale, del diritto internazionale ecc.), ma anche in questo caso la consuetudine acquista forza di diritto positivo perchè viene come tale riguardato *in seno di ciascuna* collettività. Intendendo in questo modo la collettività, bisogna poi evitare l'equivoco, cui qui si può facilmente incorrere, supponendo che in tal modo veniamo ad ammettere come necessario il consenso o il riconoscimento dello stato. Quando noi parliamo di collettività politica noi intendiamo invece parlarne nel senso materiale, non nel senso formale, come il popolo, o a meglio dire la società, di cui si compone lo stato, come se, in altri termini, si dicesse: la società che comunica allo stato il suo essere e da esso riceve in compenso maggiore unificazione di parti e di rapporti. Per cui il convincimento che costituisce l'*opinio juris,* non va dallo stato alla società ma procede invece dalla società allo stato. Il che implica, come si vede, un ordine d'idee totalmente opposto a quello che si potrebbe credere sulle prime.

In forza poi di questo generale convincimento quel dato modo di agire deve riguardarsi come la conseguenza di una giuridica necessità, cioè come conseguenza del diritto effettivamente praticato; non del diritto quale viene formulato dalla

scienza o quale viene percepito e sentito soltanto nella coscienza pubblica, ma quale si suppone debba essere osservato realmente; in altri termini, come parte del diritto positivo, non del così detto diritto teoretico o razionale.

Questa distinzione è importante, poichè qui non si vuol parlare di un obbligo ideale od astratto, ma di un obbligo positivo e reale, onde i rapporti umani sonò nel fatto regolati. Solo in questo senso si può avere una consuetudine giuridica, altrimenti si avrebbe soltanto un abito mentale di concepire il diritto in un dato modo o un sentimento capace di generare soltanto un obbligo morale.

E perchè poi questo convincimento sia fondato occorre si appoggi sulla presunzione, non importa se chiaramente percepita o sentita confusamente, che un tal diritto sia stato imposto dalla volontà collettiva, cioè dalla comunanza politica, o in genere dalla collettività in cui e per cui il diritto viene praticato, e come tale eventualmente riconosciuto dagli organi che esprimono giuridicamente quella volontà (cioè dagli organi dello stato, quindi in genere, dallo stato).

Qui si capisce che lo stato come organo formale entra in campo e deve entrare in campo, poichè si tratta del riconoscimento del diritto positivo, e questo riconoscimento non può essere fatto che per opera dello stato, allorchè lo stato si è costituito. E ad ogni modo, se il diritto viene imposto da una volontà, questa volontà è sempre o si suppone che sia una volontà collettiva, in quanto si determina corrispondentemente alle condizioni di adattamento della convivenza; e rappresentante di questa volontà è lo stato. Esso personifica l'unità di volere di una convivenza.

Bisogna adunque, per evitare confusioni, distinguere accuratamente i due momenti, o per meglio dire i due aspetti dell'*opinio juris,* quello che si riferisce alla generale convinzione, quello che si riferisce all'oggetto di essa. Quanto alla convinzione essa è, come sappiamo, opera della società; quanto all'oggetto esso è un modo di agire che in forza di questa stessa convinzione si riguarda come riconosciuto dallo stato. Onde il riconoscimento

per parte dello stato non è un fatto primitivo, è un fatto derivato, è effetto di quella convinzione. E ciò che costituisce l'*opinio juris* non è questo riconoscimento, ma è quella convinzione. Infatti l'idea di quel riconoscimento può essere assai indistinta e confusa e pure l'*opinio juris* può sempre sussistere quando esiste la convinzione che quel dato modo di agire sia conforme al diritto.

Inoltre, e questo è appunto ciò che costituisce il lato più caratteristico della nostra dottrina, il riconoscimento da parte dello stato o dei suoi organi, non occorre presumerlo sempre in tutti i casi, ma occorre presumerlo solo in modo eventuale, cioè quando s'invoca dallo stato la coercizione per far rispettare la consuetudine, allorchè non viene spontaneamente rispettata. Si capisce che per mettere a servizio di essa la sua forza, lo stato debba implicitamente riconoscerla come norma obbligatoria. Fino a questo momento la consuetudine viene obbedita in forza della sua stessa autorità e dell'*opinio*, che la fa riguardare confusamente come parte del diritto positivo.

§ 35. — Ammesso che sia questo il concetto dell'*opinio juris*, è indubitato che essa debba considerarsi quale la causa specifica da cui la consuetudine attinge la sua forza obbligatoria. L'*opinio juris* costituisce anzi l'elemento caratteristico della consuetudine, quello che serve a farla distinguere dall'abitudine semplice. E, infatti, fino a tanto che un dato modo di agire, una coordinazione di atti non apparisce come connessa con l'*opinio juris*, come l'effetto di una giuridica necessità, essa non può mai dare origine a una norma giuridica.

Fin qui siamo pienamente d'accordo con l'opinione corrente, sopratutto con le idee della scuola storica, ma l'accordo non va più oltre, perchè mentre i seguaci di quell'idea si fermano all'*opinio* riguardandola come causa prima, noi andiamo più avanti, affermando che essa non è che una causa secondaria, un fenomeno derivato, che prende origine dalla stessa ripetizione, quantunque possa poi reagire su di essa, rinforzandone gli effetti. Senza questo presupposto, non solo non è possibile di ben comprendere la natura propria dell'*opinio*, ma non è possibile neppure di comprendere in che modo essa venga a

produrre gli effetti, che le si attribuiscono, come abbiamo veduto nella breve critica rivolta contro la dottrina della scuola storica. Se questa sposta, senza risolvere, il problema della forza obbligatoria della consuetudine, ciò accade perchè essa si arresta alla convinzione giuridica come a una causa prima e non sa andare più oltre, o non vede chiaramente ciò che esiste dietro quella convinzione e in che maniera essa riproduca ed acquisti tale forza, da generare obblighi.

Il convincimento adunque su cui l'*opinio juris* si fonda e del quale, a parlare più propriamente, è costituita, deve riguardarsi, non come un fatto primitivo, ma invece come l'espressione psicologica ultima, come la risultante finale del processo compiuto dalle successive ripetizioni. È, a così dire, un altro aspetto della linea di minima resistenza, della predilezione, del sentimento di autorità, che essa produce. E la prova più evidente che l'*opinio juris* non sia la causa prima, si può desumere senz'altro dalla considerazione che essa non sorge se non quando il fatto (cioè la coordinazione degli atti) abbia avuto luogo o si suppone abbia avuto luogo un certo numero di volte. Se il fatto non ha avuto occasione di verificarsi, l'*opinio juris* resta nel puro campo teoretico; ciò che la fa passare nel campo veramente positivo è appunto il fatto ripetuto.

A misura che il fatto si ripete e determina quindi nella nostra coscienza una linea di minima resistenza e genera l'abitudine, sorge a poco a poco la convinzione che quel dato modo di agire sià in conformità del diritto e poscia la convinzione che sia una necessaria conseguenza di esso. A parità di condizioni, questa convinzione diventa tanto più generale e radicata, quanto più il fatto ha occasione di ripetersi o quanto più si ripete in maniera da produrre un maggiore concentramento di forze in quel dato senso.

E perchè la ripetizione ha l'efficacia di produrre questo convincimento? Perchè essa fa sorgere una presunzione mano mano sempre più accentuata e sempre più estesa, in forza della quale quel dato modo di agire si riguarda come imposto dalla volontà collettiva e dalla necessità stessa delle cose.

Prevediamo peraltro che questo modo di vedere darà luogo a parecchie obbiezioni che è meglio prevenire per meglio dichiarare il nostro concetto.

§ 36. — Innanzi tutto si può domandare: se la causa prima onde deriva l'*opinio juris* è la ripetizione e se questa in ultima analisi determina la forza obbligatoria della consuetudine giuridica, perchè allora non ogni abitudine sociale si trasforma in consuetudine giuridica? Siccome il fatto che principalmente distingue l'abitudine sociale in genere dalla consuetudine giuridica in ispecie non è che l'*opinio juris* e se questa non è che un prodotto della ripetizione, causa generica di ogni permanente coordinazione di atti, sia abitudine, sia consuetudine, ogni differenza deve allora sparire fra le due forme di coordinazione. E questo certamente accadrebbe se la ripetizione, dovesse produrre sempre l'*opinio,* ma ciò non accade. La ripetizione genera l'*opinio juris* non in tutti i casi, ma in alcuni casi soltanto, solo quando si verificano certe condizioni, come vedremo quando parleremo delle distinzioni che intercedono fra abitudine e consuetudine.

Qui ci limitiamo soltanto a far notare che altra cosa è dire che la ripetizione genera l'*opinio* e altra cosa affermare in genere che essa debba originarla in tutti i casi. Basta solo questo per ora a far comprendere che l'obbiezione non regge.

Una tale risposta ci serve anche per un'altra possibile obbiezione, quella già fatta a coloro che fondano nella sola pratica l'esistenza della consuetudine. Se basta la ripetizione a far sorgere l'*opinio,* anche l'errore ripetuto deve poter dare origine alla consuetudine.

Bisogna distinguere. Se l'errore ripetuto è di tal natura da far nascere quella generale convinzione, esso può dare origine a una consuetudine. Perchè no? Una tale consuetudine allora dura finchè dura quella convinzione, come del resto ogni consuetudine. Ciò lo vediamo, ad esempio, nel caso della consuetudine abrogativa, la quale può prendere origine, non solo da atti contrari a una disposizione di legge, ma anche dalla supposizione erronea che la legge non sia più in vigore o sia

stata abrogata dallo stesso legislatore. In questo caso la consuetudine prende evidentemente origine da un errore. E così può avvenire in altri casi per l'errore di fatto, quando si suppone che un dato fatto sia diverso da quello che è effettivamente, e fino a tanto che esiste una generale convinzione in forza della quale quel fatto così falsamente percepito si riguarda come conforme al diritto.

Ma, un'obbiezione più grave può venire, non tanto dai giuristi, quanto dai filosofi, e può consistere in questo: se si fa derivare il convincimento giuridico dalla semplice ripetizione, si viene ad accordare ad essa, specialmente dal punto di vista morale, una portata assai più estesa di quello che la sua natura comporti e quindi si viene a far derivare da esso perfino il criterio distintivo della giustizia. Infatti, secondo questa teoria, il criterio di distinzione fra il giusto e l'ingiusto, non sarebbe più suggerito dalla natura stessa del rapporto o dalle aspirazioni della nostra coscienza, o dal grado di adattamento di esso alle condizioni di coesistenza ecc., ma sarebbe semplicemente l'opera della ripetizione. Tutto ciò che si ripete sarebbe giusto o almeno conforme al diritto, solo perchè si ripete.

Ma, anche a quest'obbiezione la risposta è facile. Dicendo che la ripetizione genera l'*opinio* non s'intende mica dire che essa generi anche il criterio della giustizia, ma semplicemente che generi un criterio in base a cui si determina l'esistenza di una norma di diritto positivo. Il diritto positivo implica un comando della collettività o degli organi che giuridicamente la rappresentano, accompagnato da una sanzione, e l'*opinio juris* è la convinzione che questo comando esista o si suppone esistente. Ora, questo comando può essere conforme a giustizia o può essere con essa in contrasto. Certo esso tende ad essere in armonia con la giustizia, poichè altrimenti non potrebbe adempiere al còmpito che il diritto esercita nella convivenza, rendendone possibile la conservazione e il progresso; e l'istesso bisogno di adattamento degl'individui e dell'aggregato spinge il diritto a mettersi in armonia con la giustizia.

Ma, con ciò non è detto che quest'armonia esista sempre,

in tutti i casi. Quante leggi non possono in un dato momento trovarsi in disarmonia con le idee e col sentimento di giustizia? L'istesso può egualmente avvenire per la consuetudine. Certo nella consuetudine il fatto si verifica più di rado e il distacco fra diritto e giustizia può diventare meno accentuato, appunto perchè in genere la consuetudine viene determinata dalle necessarie condizioni di fatto e quindi dalle esperienze di utilità, come anche dalla coscienza giuridica della convivenza, che in pari tempo sono i fattori del diritto e della giustizia. Peraltro neanco nella consuetudine il diritto positivo è sempre in armonia con le aspirazioni della coscienza giuridica. Il diritto positivo ha sempre bisogno di un fatto che rilevi il comando e renda la norma obbligatoria, e questo fatto per la consuetudine risiede nella ripetizione e nella convinzione, che essa genera.

Che se poi ci si domanda, in che modo un fatto materiale quale si è la ripetizione possa far sorgere un fatto spirituale quale appunto la convinzione? Dobbiamo ricordare tutto il processo psichico per mezzo del quale la ripetizione opera e dobbiamo notare inoltre che il fatto materiale non agisce per sè stesso, ma per ciò che si suppone esso stia a rappresentare, quale cioè mezzo materiale per cui si rivela o si presume il comando.

§ 37. — Se l'*opinio juris* è effetto della ripetizione, si capisce che essa non è all'inizio del processo formativo della consuetudine, ma è un fatto che sopravviene in un dato stadio di questo processo. La prima coordinazione di atti non può essere prodotta dall'*opinio*.

E infatti se gl'indizi dai quali si deve rivelare il comando ancora non esistono, non hanno ancora avuto occasione di manifestarsi, non si può dire che esista il comando e quindi la convinzione di questo comando. Ma se l'*opinio* è quella che determina il carattere giuridico e se essa non esiste al principio, che cosa è al principio la consuetudine prima che l'*opinio* si costituisca e da che cosa è determinata allora la prima coordinazione di atti?

Come tutte le cose, così anche la consuetudine non ha in

principio i caratteri distintivi del suo essere; anche essa deve traversare uno stadio preliminare, durante il quale i suoi elementi costitutivi si vanno elaborando; stadio preliminare che, sotto certi aspetti, malgrado le grandi differenze apparenti, presenta alcune analogie con lo stadio preliminare nella formazione della legge. Anche la legge, quando ancora è progetto, quando non ha ancora traversato tutte le formalità per diventare legge, non ha ancora i caratteri distintivi del suo essere e non può avere forza giuridica, perchè non rivela ancora il comando dell'autorità. E come la legge traversa in questo stadio un processo di trasformazione per cui gli elementi non giuridici diventano giuridici, così avviene anche per la consuetudine.

Gli elementi infatti che operano in questo periodo non sono ancora giuridici o lo sono in parte solamente. Così, una legge può essere determinata da moventi politici, ragioni di convenienza, interessi di classi o anche di singole persone; può essere l'effetto di una imitazione, di una suggestione, anche di un fatto casuale, e via discorrendo. Non vi ha dubbio, che la legge tenda in genere a provvedere a un bisogno di coesistenza e di sviluppo sociale ed è in istretta comunione col bisogno di adattamento indistintamente o coscientemente sentito; ma non è facile che ciò avvenga in tutti i casi e che questa tendenza trovi sempre il modo e il mezzo di farsi valere. Quel che peraltro a noi preme di riconoscere è che la legge diventa diritto positivo quando è definitivamente approvata dall'autorità competente (dal potere legislativo), quando cioè è divenuta vera legge. Il movente onde è stata determinata non esercita allora più alcuna influenza sul suo carattere obbligatorio.

L'istesso va detto per la consuetudine; anche essa è determinata da elementi non giuridici o che sono giuridici in parte; ma acquista carattere obbligatorio quando sorge a suo favore l'*opinio juris*, che costituisce per essa ciò che è l'approvazione del potere legislativo rispetto alla legge. Tra le cause onde la consuetudine può essere in origine determinata vi è certamente ed esercita anzi una parte cospicua l'idea e il sentimento di giustizia quali vengono determinati e suggeriti dalla

necessità dell'adattamento; ma l'idea e il sentimento di giustizia non sono ancora l'*opinio juris* quale è stata da noi definita e descritta, quantunque possano diventarlo in seguito. L'*opinio juris* implica il convincimento che quel dato modo di agire costituisca già parte del diritto positivo, il che non è certamente la stessa cosa del convincimento che quel dato modo di agire sia conforme all'ideale, che ci facciamo del diritto. In quest'ultimo caso il convincimento rimane sempre nel campo ideale e non si traduce in norme positive, non dà origine a veri obblighi giuridici, fino a che, almeno, non riesce a trasformarsi in vera *opinio juris*.

§ 38. — Sebbene l'*opinio juris* non esista, come abbiamo detto, fin dagl'inizi del processo formativo della consuetudine, ma sopravvenga in seguito; pure vi sono dei casi, in cui può esistere fin da principio, può presentarsi cioè nel momento di preliminare elaborazione della consuetudine, anzi può dare origine essa stessa a quella data coordinazione di atti e farla apparire come obbligatoria prima ancora che la ripetizione abbia avuto luogo.

Sono questi i casi in cui la consuetudine sorge in uno stato per imitazione del diritto positivo degli altri stati. Questa forma speciale di consuetudine ha avuto occasione di manifestarsi ai nostri tempi nel campo del diritto pubblico e più specialmente in quello del diritto costituzionale. Ma più che di vera e propria consuetudine qui si tratta, almeno da principio, di una fonte indipendente del diritto, che dovrebbe costituire una categoria speciale. Così, quando alcuni stati moderni hanno importato dall'Inghilterra alcune norme riferentisi alla composizione e al funzionamento del Gabinetto, senza introdurre queste norme per mezzo di una legge, ma per semplice imitazione, non si può dire che quell'importazione giuridicamente si fondi sulla consuetudine. Ciò si potrà dire in seguito, quando la consuetudine è sorta, ma non si può dire nel momento primo, quando la consuetudine non esisteva.

Altrove ci siamo domandati: « come si spiega questa trasmigrazione, e sopra tutto, quale è il fondamento giuridico di

essa? Essa non si può spiegare, nè giustificare, dicevamo, se non ricorrendo a una presunzione giuridica, la quale, in modo manifesto o latente, operi nella coscienza giuridica di uno stato o di coloro che se ne fanno gl'interpreti; la presunzione cioè che, avendo imitato (espressamente per legge) la costituzione di un altro stato, si sia anche inteso di volere imitare quelle norme che la fanno funzionare in quel dato modo. Non diciamo qui se questa presunzione sia legittima o illegittima, certo si è che essa costituisce il fondamento giuridico della quasi obbligatorietà che assumono quelle norme » ([1]).

Ora, rispetto a tali casi può benissimo affermarsi che l'*opinio juris,* non solo esiste fin dal primo atto, ma lo precede. Esso infatti si compie in forza del convincimento prodotto da quella presunzione, secondo cui quel dato modo di agire viene implicitamente imposto dal legislatore. Ma, ripetiamo, quell'atto non costituisce ancora una consuetudine, quantunque possa costituirla in seguito. Esso, in questo primo stadio almeno, si distingue dalla consuetudine per la sorgente, onde attinge la sua forza obbligatoria e per la mancanza della ripetizione. La forza obbligatoria infatti gli proviene, non per l'autorità che acquista ripetendosi e quindi per il convincimento che esso venga imposto dalla collettività; ma dalla presunzione che esso venga implicitamente imposto dal legislatore, presunzione ricavata da un semplice processo logico.

Ad ogni modo, pur volendosi questi modi di agire riguardare quali consuetudini fin da principio, si deve ammettere che in fondo e malgrado le contrarie apparenze, neanco rispetto ad essi l'*opinio juris* si presenta fin da principio o preesiste alla loro formazione. Infatti quell'*opinio juris* che si manifesta fin dal primo atto o anteriormente ad esso, è in uno stato la conseguenza dell'imitazione di ciò che già esisteva in un altro stato e vi esisteva appunto quale effetto di un processo più o meno lungo di ripetizione svoltosi nel modo che già conosciamo.

([1]) *Principii fondamentali di diritto costituzionale generale.* Milano, 1898, pag. 46.

§ 39. — Conviene finalmente aggiungere che, seguendo questa dottrina, secondo cui l'*opinio* sopravviene, ma non esiste fin da principio, si risolve nel miglior modo la contradizione cui accennava il Savigny e che si potrebbe ora formulare in questo modo: o è la ripetizione dell'atto che genera la consuetudine, e allora la *opinio juris* è una cosa meramente secondaria; o è invece l'*opinio* che la determina, e allora la ripetizione dell'atto non ha più alcuna importanza, perchè la consuetudine deve essere tale fin dal primo atto, il quale è già obbligatorio in forza dell'*opinio*.

Il Savigny credeva di poter risolvere una tale contradizione affermando che « la regola di diritto per mezzo della consuetudine si manifesta soltanto, non si origina, e per conseguenza, fin dal primo atto verificabile poteva e doveva esistere la *necessitatis opinio* senza nessun errore » (1). Ma, quest' affermazione non risponde, secondo noi, alla realtà delle cose, poichè la regola del diritto positivo non si manifesta, ma si origina per opera della consuetudine, come si origina per opera della legge. Sotto questo punto di vista, la consuetudine opera nel diritto positivo i medesimi effetti che opera la legge, poichè essa trasforma in diritto positivo un principio, una coordinazione di atti che prima non erano diritto positivo. Essa costituisce il fatto per mezzo del quale si compie la trasformazione.

L' affermazione del Savigny può esser vera, quando si pensa, non al diritto positivo, ma a un diritto teoretico, non ancora entrato nella pratica, non ancora capace di generare obblighi effettivi; solo rispetto a questo diritto si può dire che esso si manifesta, non si origina per mezzo della consuetudine, in quanto che esso, per tradursi in diritto positivo, può anche assumere la forma di consuetudine; ma il diritto positivo non può essere che opera della consuetudine o della legge.

Ammettendo una teoria diversa c' impiglieremmo in una contradizione anche maggiore di quella che vogliamo evitare,

---

(1) *Sistema, ecc.*, ed. cit., pag. 189.

poichè verremmo ad ammettere l'esistenza di un diritto positivo, anteriore al fatto, che esprime il comando, onde il diritto deriva e di cui il fatto è sempre l'indizio sicuro, anzi l'unico indizio cui in tal caso si possa ricorrere per riconoscerne l'esistenza effettiva.

Sebbene peraltro l'*opinio juris* non sorga fin dal primo atto, ma si costituisca in seguito mano mano che gli atti si vanno ripetendo; una volta poi sorta, essa proietta la sua azione anche sugli atti anteriori, che appaiono allora collegati giuridicamente quali espressioni di una medesima norma. E la cosa non potrebbe essere diversamente una volta che gli atti sono della medesima natura e si presentano quale ripetizione l'uno dell'altro e che tutti insieme hanno poi contribuito alla formazione dell'*opinio*. Questa è in certo modo la risultante dell'azione combinata dei singoli atti e non può quindi non reagire su tutti gli atti che l'hanno fatta sorgere. Da questo fenomeno può prendere origine l'illusione che l'*opinio* esista fin da principio e operi i suoi effetti fin dal primo atto.

§ 40. — Ma quando è che l'*opinio* sopravviene e quanti atti occorrono perchè essa si produca?

Dobbiamo ricordare a tal proposito quello che abbiamo detto intorno alla ripetizione in genere riguardo alla coordinazione degli atti. Le medesime osservazioni vanno qui applicate, poichè l'*opinio juris* non è che un aspetto speciale di quella forza morale, onde un dato modo d'agire diventa autorevole. Quindi tutto dipende dal modo come si produce nella coscienza sociale quella concentrazione di forza psichica, che determina la predilezione e poscia l'autorità. Se questa forza, per una serie di condizioni favorevoli, si concentra in poco tempo, bastano pochi atti; se invece per un insieme di circostanze poco propizie, non può concentrarsi che lentamente, occorre una lunga serie di atti.

In certi casi invece, come quelli che abbiamo indicato, può manifestarsi addirittura fin da principio; ma in questo caso l'*opinio* non è, rispetto allo stato in cui sorge, l'anima di una vera e propria consuetudine, sebbene possa diventarlo in seguito.

ANNALI DELL' UNIVERSITÀ DI PERUGIA

PUBBLICAZIONI PERIODICHE

DELLA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

NUOVA SERIE

VOLUME IX. — FASCICOLI 2.° e 3.°

(Delegato per la pubblicazione il prof. O. SCALVANTI)



PERUGIA
UNIONE TIPOGRAFICA COOPERATIVA
(GIÀ DITTA BONCOMPAGNI)
1899

SOMMARIO

CAPITOLO VI.

Cause secondarie.

1.° — Cause costanti.

§ 41. — La ripetizione costituisce adunque il fatto precipuo su cui si basa l'autorevolezza della consuetudine, quindi l'*opinio juris;* essa è quindi in fondo la causa prima della sua forza obbligatoria.

Ma essa può venire rinforzata da altre cause, alcune delle quali hanno carattere invariabile, perchè si presentano in tutti i periodi dell'umano sviluppo, altre hanno carattere mutevole, cioè appariscono o esercitano il massimo della loro azione in certi periodi soltanto. La maggior parte di esse sono peraltro così connesse col fatto della ripetizione, che direttamente o indirettamente possono venire ad essa ricondotte.

Tra le cause costanti può innanzi tutto annoverarsi l'origine ignota del primo precedente, che ha poi iniziato la serie delle ripetizioni. L'ignoto esercita sempre un grande fascino sull'animo delle moltitudini, perchè nell'ignoto ognuno può proiettare i sentimenti e le aspirazioni del proprio animo e può vedere come una forza misteriosa, che dirige i destini umani. E questa forza assume facilmente proporzioni esagerate, perchè si sottrae per tal modo al controllo del ragionamento e viene abbandonata ai voli della fantasia ed alle spinte delle passioni. Così, ad esempio, si può supporre che il precedente si sia ripetuto un numero infinitamente maggiore di volte di quello che sia accaduto nella realtà; o si può attribuire la sua prima origine a qualche personaggio autorevole, a qualche avvenimento importante, a un numero grande di persone, e via di seguito.

L' opera della ripetizione in tal caso si rinforza, perchè tutti quei sentimenti vengono a facilitare le predisposizioni e le predilezioni verso quelle date coordinazioni di atti e il processo formativo della consuetudine di conseguenza si accelera.

Ma, dall'altra parte, ciò che potrebbe chiamarsi la forma-

zione dell' ignoto, è strettamente legata col fatto della ripetizione intesa nel suo largo senso, tanto nel tempo che nello spazio.

Nel tempo infatti, a misura che un-fatto si ripete, la sua prima origine a poco a poco si allontana dalla memoria, e a misura che si allontana, si sbiadisce, assume contorni vaghi, si confonde e termina per sparire. Esso viene dimenticato da tutti o dalla maggior parte delle persone, o pure le rimembranze che di esso ancora si conservano, non sono più chiare e concordi.

E poi, a misura che la mente si adatta a un dato genere di coordinazione, essa viene a considerare sempre più questa coordinazione come abituale e a riguardarla come più antica di quello che effettivamente essa sia. E siccome per riguardarla come più antica la mente deve cominciare con dimenticarne l'origine, così avviene che in fondo, l'istesso processo, in forza del quale una coordinazione si determina e si consolida, favorisce l'altro processo di lenta oblivione, per cui se ne dimentica a poco a poco l'origine.

E perchè dovrebbe ricordarla? Ciò che importa all'economia della società è di ricordare la coordinazione di atti, di renderla autorevole, di farla osservare; e tutte le forze psichiche rivolte a questo scopo necessario, sono distolte dagli altri scopi non necessari, mano mano che il processo della ripetizione si svolge. Ecco in che modo di fronte al tempo e all'ordine di successione l'ignota origine della consuetudine si connette intimamente col fatto della ripetizione.

Il medesimo si verifica se consideriamo il fenomeno nello spazio, nell'ordine cioè di coesistenza. Più grande infatti è il numero delle persone che collaborano all'origine di una data coordinazione e più è facile che questa origine si nasconda e assuma un carattere misterioso. Già, più è grande il numero delle persone che vi prendono parte e più è difficile conoscere i moventi che le hanno determinate ad agire in quel modo e quindi le cause che hanno dato origine a quella coordinazione. Ma, quel che più importa, diventa in tal caso assai difficile di determinare la parte che vi ha potuto avere ciascuna persona.

Tale difficoltà anzi cresce a misura che la cosa passa da persona a persona, a misura cioè che viene ripetuta a persone diverse in diversi luoghi, poichè allora sorgono mille supposizioni, mille ipotesi circa la sua prima origine, circa le prime persone che l' hanno iniziata e via discorrendo; prova evidente che la cognizione chiara di quella prima origine si è oramai perduta.

Del resto, l'effetto della ripetizione a tal riguardo si può osservare anche in una ristretta cerchia d'individui. Molte volte riesce difficile o del tutto impossibile il poter determinare in un gruppo di amici chi comunicò per primo una data storiella che fece poi il giro di tutti i componenti del gruppo o chi introdusse per primo un'espressione che poi divenne in esso abituale.

E così parimente sorge e si afferma l'autorità di un *si dice*. Che cosa conferisce al *si dice*, alla voce pubblica, l'autorità, di cui generalmente godono? È il vago, l'indeterminato che assume quella voce, perchè non si conoscono le persone donde proviene, nè se ne può determinare il numero. Ma ciò accade principalmente perchè la voce è passata di bocca in bocca, è stata ripetuta da tante persone, onde non è più possibile di ritrovare il filo che può condurre alla sua prima origine. E per tal modo, un'affermazione leggiera, un'insinuazione calunniosa possono riuscire di grave danno alla fama di una persona; come possono riuscire ad acquistare autorità le coordinazioni di atti imitate da un numero grandissimo d'individui.

Con le imitazioni molteplici fatte da persone differenti in luoghi diversi, a poco a poco si perde la nozione del primo fatto, onde l'imitazione prese origine, delle persone che agirono a quel modo, dei moventi, da cui furono spinte e via discorrendo. Ma, perduta la percezione dell'origine, rimane e sempre più si afferma l'idea che *tutti* in quei dati casi hanno agito *sempre* a quel modo. Onde, a tal riguardo, la ripetizione, come opera a fissare quel dato modo di agire, opera anche a far dimenticare il fatto da cui esso ha preso origine e perciò riesce a rafforzare col fascino dell'ignoto gli effetti, che tende naturalmente a produrre.

§ 42. — Accanto all'attrazione che esercita l'ignoto bisogna anche mettere l'attrazione che esercita il passato.

È fuor di dubbio che il passato esercita sulla nostra coscienza un'attrazione immensamente maggiore di quella che possa esercitarvi il presente o l'avvenire. E la nostra mente si volge spesso e volentieri verso il passato nei momenti di dolore e di sconforto e trova in esso dipinti con i più bei colori della fantasia i momenti più felici della nostra esistenza. Questo fenomeno già conosciuto e descritto più di una volta dai poeti, e al quale abbiamo già accennato a proposito della tradizione, esercita la sua influenza anche sul diritto e specialmente sul processo formativo e sul carattere obbligatorio della consuetudine. La consuetudine è per eccellenza una cosa del passato, di un passato tanto più lontano, quanto più diventa difficile determinare il fatto primo, che le diede origine; e come cosa del passato essa può attirare su di sè stessa tutte le simpatie, che il passato attira e può acquistare quindi tutta quell'autorità, che sogliono acquistare le cose passate.

Questo fascino del passato opera in due diversi sensi sulla forza obbligatoria della consuetudine. Esso infatti, non solo opera per via che la consuetudine appartiene al regno del passato e ne riveste l'autorevole dignità; ma opera anche perchè attira a sè il presente e copre quindi e riveste con abito antico anche quello che è nuovo ed essenzialmente moderno. È un fenomeno molto comune e che può essere osservato in molte occasioni, quello di rigettare verso il passato e di considerare come opera di altri tempi ciò che è invece opera nostra o produzione del nostro tempo. È indubitato che a produrre questo effetto, oltre che la venerazione del passato con le conseguenze che esso produce, agisce anche la tendenza ingenita nella nostra mente, di attribuire cioè quello che è opera propria, all'azione di altre cause, all'influenza di forze esteriori, obbiettivandolo e staccandolo in certo qual modo da sè stessa.

Questa tendenza si è esplicata in varie maniere nella storia dell'umanità, ma una di tali maniere consiste appunto nell'ingannarsi circa l'origine di certe idee e di certe azioni,

ingrandendone l'autorità e la portata col ricondurle verso le epoche anteriori, in mezzo alla nebbia misteriosa e affascinante dei tempi assai lontani.

E così, senza uscire dal nostro proprio campo, vediamo che in Inghilterra il diritto comune ha attinto una gran parte della propria forza al fascino del tempo. Colà, le nuove consuetudini, massime quelle riferentisi al libero reggimento e che visibilmente non potevano che essere l'effetto dei bisogni nuovi, venivano, come abbiamo già osservato, ritenute come un ritorno al diritto e alle istituzioni dei tempi antichissimi, specialmente a quelle antiche leggi di Eduardo il Confessore che, come accade di tutte le leggende, si erano venute ingrossando con le aggiunte e gl'ingrandimenti delle generazioni posteriori. Per tal modo la costituzione inglese si è considerata come l'effetto di una lenta evoluzione regressiva, un ritorno cioè a quelle istituzioni e a quegli ordini, che esistevano già nel paese prima che il dispotismo li avesse distrutti.

Questo solo esempio basta a provare quanto possa essere grande il fascino che il passato esercita sulle coscienze e in pari tempo come sia facile di rigettare verso il passato le produzioni dei tempi nuovi. Quest'ultima illusione si riscontra specialmente nelle società molto organiche, in cui lo sviluppo assume il carattere di un lento moto progressivo, senza scosse violente e senza salti improvvisi. Esse, come le robuste piante, non sanno spingersi in alto verso nuovi orizzonti, senza in pari tempo consolidare ed espandere le radici che le collegano al terreno solido del passato; e istintivamente sentono che, senza rinvigorire le fondamenta non è possibile inalzare i nuovi piani di una casa. E il passato viene così a fornire la base naturale e la necessaria autorità alle cose presenti.

Ma anche qui il fatto della ripetizione non è estraneo e non cessa di esercitare la sua influenza. Anzi la sua connessione con la tendenza che porta verso il passato può essere assai più intima di quello che apparisce. Infatti si può dire che le cause di questa tendenza verso il passato siano principalmente due: una è il carattere ideale che il passato sempre più

acquista a misura che si allontana, però che viene dalla fantasia spogliato mano mano da tutto ciò che può produrre sul nostro animo un'impressione spiacevole. E ciò per il bisogno della propria conservazione, che induce a ricordare le sensazioni piacevoli e a dimenticare quelle sgradite, perchè le prime favoriscono, le seconde paralizzano il nostro benessere.

Ora, tutto questo processo per cui il passato si va spogliando dei lati più brutti e si va adornando dei caratteri più belli non è forse dovuto alla ripetizione, o almeno, non si produce per mezzo della ripetizione? Esso non si può compiere tutto a una volta, ma si compie lentamente a misura che le cose passate si presentano alla mènte come ricordi. A ogni successiva ripresentazione esse perdono uno dei lati brutti e acquistano o ingrandiscono uno dei loro lati belli. Avviene come di un pallone che a poco a poco s'innalza nell'immensità dello spazio, abbandonando mano mano la zavorra; o come di un metallo prezioso che si spoglia a poco alla volta della scoria nelle successive lavorazioni.

La seconda causa che determina questa tendenza verso il passato è la maggiore assuefazione della mente alle cose trascorse. Esse sono meglio organizzate nella coscienza e la mente è perciò ad esse meglio adattata che non alle cose nuove, alle cose che sono prodotte da poco tempo o si producono per la prima volta. E i psicologi osservano che in certi casi le cose da lungo tempo trascorse si fissano meglio nella memoria che non le cose recenti; e quando la memoria s'indebolisce per malattia o per vecchiaia, le cose recenti sono le prime a scomparire dalla memoria, mentre quelle dei tempi più lontani (es. ricordi d'infanzia ecc.) molte volte si cancellano per ultime. E ciò perchè accade? Perchè i vecchi ricordi hanno più il tempo di organizzarsi nella memoria, di diventare in certo modo parte sostanziale di essa. Ma questo non avviene forse in conseguenza della ripetizione?

Se la coscienza si assuefà al passato ciò avviene perchè il passato ritorna più volte nella memoria e gli stati di coscienza che ad esso si riferiscono hanno occasione di ripetersi più di

una volta. E con la ripetizione si svolge il processo di adattamento e quindi il passato si organizza nella nostra mente. Le cose da lungo tempo accadute hanno la possibilità di ripetersi un maggior numero di volte e perciò hanno la possibilità di maggiormente organizzarsi nella memoria e di conservarvisi con maggiore tenacia.

§ 43. — E passiamo all'ultima delle cause permanenti, il sentimento di equità.

Anche il sentimento di equità contribuisce ad infondere carattere obbligatorio alla consuetudine, essendo esso una forza morale che direttamente agisce sulla coscienza delle persone operanti. L'equità e quindi il sentimento di equità non si devono confondere con l'*opinio juris,* poichè questa rappresenta l'elemento più propriamente giuridico della consuetudine, quella ne rappresenta l'elemento più propriamente morale; onde l'*opinio* può rendere da sola obbligatoria la consuetudine come diritto positivo, mentre l'equità non può da sola produrre questo effetto.

L'equità è infatti un convincimento morale suggerito direttamente dal sentimento e dalle idee di giustizia, quale si sono costituite ed esistono nella coscienza del popolo; mentre l'*opinio juris* è un convincimento giuridico quale viene determinato dal fatto, ed implica l'esistenza di un comando effettivamente impartito dalla coscienza collettiva.

Da ciò deriva che l'equità, a differenza dell'*opinio* può già esistere fin dal primo atto, onde sorse la consuetudine, può anzi essere antecedente a questa e può averne anche influenzata la formazione. E questa deve essere un'altra ragione per cui i giuristi della scuola storica (Puchta, Savigny, ecc.) hanno considerato l'*opinio* come preesistente al primo atto: essi hanno confuso l'*opinio juris* con l'equità o con la giustizia. Questa confusione era tanto più facile, in quanto nella consuetudine questi due fatti psicologici sono in genere sempre assai vicini e spesso combaciano addirittura fra loro.

Nella consuetudine, come abbiamo osservato, si verifica più di rado il distacco che può essere abbastanza comune nella

legge, fra cioè il diritto quale viene formulato e praticato e il diritto come viene sentito e concepito. Il diritto come si concepisce viene più direttamente e immediatamente tradotto in pratica con la consuetudine, che non con la legge, essendo la consuetudine in genere una emanazione di quelle stesse necessità di fatto, di quelle stesse condizioni fondamentali di adattamento, onde prendono radici i sentimenti e le idee di giustizia. Appunto per questo grande avvicinamento che si costituisce fra l'equità e l'*opinio,* la prima può esercitare una grande influenza sulla obbligatorietà della consuetudine.

Essa immensamente contribuisce a produrre quel concentramento di forze, onde deve poi uscire l'autorità e l'*opinio,* essendo in intimo rapporto psicologico tanto con l'una che con l'altra. Potremo dire che, sotto un certo aspetto, l'equità è il comando che la coscienza impone a sè stessa, mentre l'*opinio juris* è questo medesimo comando obiettivatosi in un fatto esterno e divenuto obbligatorio come tale, indipendentemente dalla fonte prima onde scaturì. Ma, per quanto diviso dalla sua prima sorgente, esso non può non ritenerne i caratteri, tanto più che la divisione non implica separazione o distacco, rimanendo nella consuetudine sempre intimo il contatto e sempre vivaci i rapporti fra la forma e il contenuto del diritto.

2.° — Cause mutevoli.

§ 44. — Le cause che finora abbiamo esaminato, possono riguardarsi come costanti, poichè tendono sempre a prodursi, qualunque sia il grado di sviluppo sociale, per quanto diverse siano le condizioni dell'incivilimento.

Ma, accanto a queste cause costanti vi sono, come abbiamo detto, cause non costanti, che possono cioè prodursi o non prodursi, o si producono in vario modo e con diversa intensità nei vari stadii della evoluzione sociale.

Tra queste cause mettiamo in primo luogo l'azione del sentimento religioso. Abbiamo già avuto occasione di accennare all'azione di questa causa, parlando innanzi della teoria del pro-

fessor Vanni, da cui essa venne con poche parole messa assai bene in evidenza per quel che riguarda gli stadii primitivi delle umane convivenze. Quando le prime aspirazioni verso il soprannaturale danno origine alle credenze animistiche e al culto degli antenati, la consuetudine non può non rivestire un carattere religioso, perchè essa allora apparisce come la tradizione degli antenati e come il segno materiale della loro volontà.

Se gli antenati sono diventati esseri divini, devono apparire più o meno come divine tutte le cose che hanno qualche rapporto con essi e tanto più le loro abituali maniere d'agire o quelle come tali considerate, gli atti da essi freguentemente ripetuti, poichè da questi atti si desume la loro intenzione e per conseguenza il loro comando divino. In tale stadio la consuetudine è in certo modo il comando degli antenati.

Una volta manifestatasi questa tendenza, di vedere cioè nella consuetudine un comando degli antenati, essa agirà, tanto di fronte alle vecchie consuetudini, che veramente possono considerarsi come elaborazione degli antenati, come di fronte alle consuetudini nuove, che sono invece un prodotto delle nuove generazioni. L'idea e il sentimento di questo comando diventano allora ciò che in altri tempi sarà la vera *opinio juris.*

A misura poi che la religione si sviluppa e la divinità si differenzia quale un essere più spiccatamente sovrumano e soprannaturale, la consuetudine, invece che il comando degli antenati in genere, apparisce quale in ispecie il comando della divinità. E il comando della divinità si rivela a traverso lo svolgersi degli avvenimenti, e qui in ispecial modo si rileva per mezzo di quegli atti uniformi, dai quali scaturisce una norma di condotta. La consuetudine in questo stadio è, in certo modo, la legge implicita e tacita imposta dalla divinità.

Questo è il periodo della massima influenza dell'elemento religioso sulla forza obbligatoria della consuetudine. Durante questo periodo la consuetudine giuridica non si è ancora separata come tale dalle altre forme di abitudini e di norme, onde si trova commista con le norme etiche, con le regole del costume, dell'etichetta, della convenienza, e sopra tutto con i pre-

cetti religiosi. La consuetudine giuridica per conseguenza può venire rinforzata, oltre che dalle sanzioni umane, anche dalle sanzioni divine; e la violazione di essa, oltre che una perturbazione dell'ordine sociale e giuridico, viene considerata come un peccato e un'offesa alla divinità e ne provoca l'ira e i castighi.

Durante questo periodo adunque, l'azione dell'elemento religioso nella consuetudine è diretta e specifica, sia perchè da esso proviene in certo modo la norma, sia perchè ad ogni determinata coordinazione di atti può corrispondere un comando specifico della divinità e una specifica sanzione del sentimento religioso.

Ma, in processo di tempo, quando si produce una distinzione fra norme giuridiche e precetti religiosi, l'azione del sentimento religioso diventa indiretta e generica, poichè anche allora si può sempre supporre che quell'ordine di cose da cui esce la consuetudine, sia voluto dalla divinità, o che questa imponga agli uomini l'osservanza in genere dei precetti utili e necessari. Ad ogni modo, fino a quando si ammette l'esistenza di una divinità, non si può fare a meno di ammettere anche (per essere logici) che essa imponga agli uomini di tenere una buona condotta; e fa certamente parte della buona condotta l'osservanza di quelle regole, che sono determinate dalla pratica o dalla necessità della convivenza.

Non importa poi se queste idee si presentino in modo chiaro nella coscienza degl'individui perchè esse esercitino tutta l'influenza di cui sono capaci; esse possono ugualmente esercitarla se si presentano in modo indistinto e confuso.

Questo secondo genere d'influenza si può conservare molto a lungo, per un periodo anche assai posteriore a quello in cui la norma giuridica si scinde dal precetto religioso, almeno fino a tanto che il sentimento religioso rimane molto vivo e potente. Si capisce che questa influenza debba mano mano indebolirsi con l'indebolimento del sentimento religioso. A misura che questo sentimento perde la sua forza di controllo nelle coscienze, esso cessa mano mano di esercitare la sua azione in tutte

quelle forme in cui questa forza di controllo si manifesta. Ma, anche allora, per un lungo periodo di tempo, per un periodo di tempo indeterminato, più lungo forse di quanto non apparisca, rimane una forma vaga e indiretta d'influenza, sotto il carattere di tendenza radicatasi nelle coscienze e trasmessa di generazione in generazione. È la tendenza in genere a obbedire alla legge, il sentimento di rispetto verso le istituzioni umane e quindi verso quelle coordinazioni di atti costituitesi spontaneamente nell'aggregato e che sono la conseguenza di un necessario ordine di cose. In altri termini, quella forma di rispetto che giustamente potrebbe chiamarsi rispetto religioso, non sparisce con la religione e col dileguarsi dei sentimenti, che ne costituiscono la base; e non sparisce, nè in questo, nè in genere in tutti gli altri casi, almeno per un lungo lasso di tempo.

L'influenza di questo fattore non si può neppur essa considerare indipendentemente dall'azione della ripetizione. Anche essa è collegata col fatto della ripetizione e vi è collegata così intimamente, che senza il concorso di questa l'influenza di quella non potrebbe dispiegarsi nel modo discorso.

E, in vero, quando l'azione del sentimento religioso si esercita in modo diretto e specifico, la consuetudine non può manifestarsi come un comando degli antenati o della divinità se non in quanto un tale comando apparisce a traverso la ripetizione costante dei medesimi atti. Sono quegli atti che rivelano quel comando, come in un'epoca più progredita sono gli atti ripetuti che fanno sorgere l'*opinio juris*. Se il comando non si rivelasse dagli atti ripetuti, ma fosse direttamente emanato da un sacerdote o da un capo a nome della divinità, allora non si potrebbe più discorrere di consuetudine in tutto il rigore della parola, ma si tratterebbe di una legge, di un canone, di un precetto. Come d'altra parte, se quegli atti non si ripetessero più di una volta e non si ripetessero in modo costante ed uniforme, non potrebbero riguardarsi come indizio del comando emanato da un'autorità divina.

Per cui, la norma consuetudinaria, in questo caso speciale,

come in tutti gli altri casi, non può venir fuori che dal comando rivelatosi per mezzo della ripetizione.

Il medesimo va detto rispetto al secondo periodo, quando l'influenza religiosa diventa indiretta e generica. La consuetudine non potrebbe concepirsi connessa a un ordine di cose divino o quasi divino, alle generali leggi della condotta imposte dalla divinità per mezzo di un necessario ordine da essa stabilito, se non in quanto la ripetizione costante comunica a quei dati atti un carattere di necessità e fa apparire quel dato modo di agire, quella data coordinazione come la conseguenza appunto di un ordinamento immutabile.

Nel primo e nel secondo caso adunque, la ripetizione è come il veicolo necessario per cui deve passare l'atto prima di trasformarsi in norma, il mezzo che fa nascere la presunzione del comando e per cui il comando si manifesta.

§ 45. — La seconda delle cause mutevoli è costituita dalle opinioni e dalle interpretazioni dei giuristi.

Perchè questa causa possa agire è necessario che sorga in una convivenza una classe di giuristi, che cioè si produca in una società una tale specificazione di funzioni da permettere l'esistenza di una speciale classe intesa a ricercare, interpretare e dichiarare il diritto. Ciò avviene spontaneamente nei popoli che si sviluppano, quale conseguenza del processo di differenziazione nelle attitudini, qualità ed attività degl' individui e dei gruppi associati; come anche per opera della evoluzione del diritto, che si va differenziando e assume un carattere tecnico mano mano più spiccato. Per tal modo « il diritto, per dirla col Savigny, che in origine era patrimonio comune a tutto il popolo, per i rapporti della vita pratica sempre più complicati, si accresce e si specializza in tal modo, che non può più essere nel dominio della coscienza ugualmente divulgato in tutto il popolo. Allora si formerà una classe speciale di giurisperiti, la quale, essendo pure parte del popolo, ne rappresenta l'insieme in questa sfera intellettuale » (1).

---

(1) Op. cit., I, pag. 68.

Quando questa speciale classe è sorta, la sua influenza si proporziona all'autorità che acquista e alla fedeltà con cui riflette i bisogni e le aspirazioni della coscienza popolare, di cui diventa l'interprete illuminata e in certo modo anche autorizzata. La sua azione si esercita sulla consuetudine in due diversi modi. Essa cioè contribuisce a far sorgere la consuetudine, come contribuisce ad accrescerne l'autorità.

Con i *responsa*, con le interpretazioni dei vecchi testi, con l'affermazione dei nuovi principî giuridici, presentati quali logiche deduzioni dei principî già noti e rispettati, i giuristi modificano, elaborano, precisano le convinzioni giuridiche esistenti e ne fanno sorgere delle nuove, e in tal modo possono dare origine a una nuova pratica, da cui verranno fuori nuove consuetudini.

Ma essi, con l'autorità che acquistano di fronte alla coscienza popolare, possono infondere anche nuova forza alle consuetudini esistenti, quando prendono queste a base dei loro *responsa* o quando volgono il loro senso giuridico o la loro sapienza giuridica a formularle, interpretarle, precisarle o ad estenderne l'applicazione. Allora, in modo diretto o in modo indiretto, quelle consuetudini ricevono una solenne conferma da parte di coloro che appariscono come la *voce*, gli organi del diritto, i suoi più autorevoli interpreti. Se costoro che sono meglio in grado di conoscere il diritto della convivenza, hanno riconosciuto l'esistenza di una consuetudine, bisogna ben credere che la consuetudine esista effettivamente.

Così in genere si pensa e si sente e con questo generale modo di pensare e di sentire, l'*opinio juris* viene sempre più a confermarsi e a radicarsi nella coscienza popolare e si accelera il concentramento di forze a favore di quella data coordinazione di atti. Onde il carattere obbligatorio della consuetudine si accentua, se già costituito, o termina di costituirsi, se è ancora in via di formazione.

Ma anche questa influenza, nel suo duplice aspetto, non si può considerare come separata dal fenomeno della ripetizione. I giuristi non sono legislatori, l'autorità che essi esercitano è un' autorità tutta morale, che li fa riguardare come interpreti

autorevoli del diritto; e non come le autorità onde proviene il comando obbligatorio su cui il diritto riposa. E perciò le loro opinioni e i loro *responsa* non danno da soli origine alla consuetudine, o per parlare più propriamente, all'*opinio juris,* da cui la consuetudine riceve il suo vero carattere; essi danno l'impulso alla formazione del primo atto e quindi alla ripetizione di esso. L'*opinio juris,* come è stata da noi definita, non può venir fuori che dalla ripetizione. Accettando l'opinione inversa, sostenuta da parecchi, bisognerebbe cominciare con supporre che i giuristi siano gli organi autorizzati per cui si rivela direttamente il comando della volontà collettiva e che i loro *responsa* siano, nè più nè meno che le norme del diritto.

In tal caso non occorrerebbe più la ripetizione, essa sarebbe una condizione inutile e superflua, una volta che la coscienza collettiva ha trovato un mezzo più diretto per rivelarsi. E dovrebbe tanto più cedere il campo di fronte a questo, in quanto questo è un mezzo chiaro e preciso, mentre la ripetizione è sempre più o meno un mezzo vago e indistinto.

Se ciò avviene circa la forma d'influenza che si riferisce all'origine della consuetudine, avviene anche circa l'altra forma d'influenza che si riferisce al rafforzamento della sua autorità, però che quest'autorità mano mano si accresce a misura che i *responsa* vengono ripetuti e a misura che vengono ripetute le dichiarazioni, affermazioni ecc., dalle quali risulta il riconoscimento della consuetudine, e a misura che queste si mostrano concordi, costanti e uniformi. Questo riconoscimento accelera il concentramento delle forze per cui una data forma di coordinazione diventa abituale e quindi accelera la formazione dell'*opinio juris;* onde, per mezzo di esso, il numero delle ripetizioni necessarie può ridursi al minimo possibile. Anche un solo precedente potrà bastare quando l'autorità dei giuristi è grande e tutti si trovano d'accordo nel considerare quel precedente come una manifestazione o una prova della norma effettivamente praticata.

§ 46. — Un' altra causa vien determinata dall'azione del gruppo, in cui la consuetudine sorge, allorchè non si tratta di consuetudini generali, obbligatorie in genere per tutti i cittadini,

ma di consuetudini speciali, che obbligano soltanto un determinato gruppo di persone.

Accanto, infatti, alle consuetudini generali, esistono più o meno in ogni stato delle consuetudini speciali, che sorgono in seno dei gruppi onde la convivenza si divide, e sono le consuetudini di classe, di ceto, di corporazione, le consuetudini professionali, determinate da comunanza di bisogni, d'interessi, di condizioni, di aspirazioni. Queste consuetudini sono più o meno numerose, a misura che sono più o meno numerose le speciali condizioni dei gruppi o è più o meno grande il distacco fra le condizioni di ciascuno di fronte agli altri o di fronte alla convivenza in genere.

Ora queste consuetudini sono potentemente influenzate dallo spirito di gruppo, dal sentimento di solidarietà, dalla percezione più chiara dei propri interessi, tutte cause queste che accelerano la concentrazione di forze, da cui la consuetudine viene determinata. Lo spirito di gruppo, il sentimento di solidarietà legano fortemente fra di loro gl'individui onde il gruppo è costituito, contribuiscono a creare un modo di vedere comune a tutti i suoi membri, una speciale coscienza collettiva e determinano la sua individualità di fronte agli altri gruppi e alla collettività in genere. Sorge per tal modo nel suo interno un forte sentimento di disciplina, che è la sua forza, poichè da esso dipende il grado della sua compattezza, come anche sorge il sentimento d'individualità, che gli permette di affermarsi come unità più o meno autonoma, sia nei suoi rapporti interni, che nei suoi rapporti esteriori.

Questi sentimenti, non solo agevolano la formazione di certe consuetudini, ma aumentano sempre più l'autorità, la rispettabilità, la forza obbligatoria di quelle costituite. Si pensi alla forza che può conferire alla consuetudine lo spirito di esclusivismo delle caste orientali, lo spirito di privilegio delle classi aristocratiche del medioevo, lo spirito di corpo dei militari e dei professionisti. Per opera di questi sentimenti le consuetudini acquistano carattere di leggi rigide e inflessibili, scrupolosamente rispettate e obbedite, senza bisogno che un tribunale e un'au-

torità suprema vengano a renderle esternamente coattive. Esse diventano come una parte dell'individualità del gruppo e vengono gelosamente custodite come gli elementi della sua esistenza: e infatti, più esse sono rispettate e più cresce la solidarietà delle parti e più il gruppo si mantiene compatto e riesce ad affermare la sua individualità e il suo grado d'importanza.

Possiamo adunque riconoscere che, a parità di condizioni, questa causa diventa tanto più attiva quanto più è accentuata l'individualità del gruppo, quanto più grande è il distacco che intercede fra esso e gli altri gruppi o la convivenza in genere; come anche quanto più gli attriti fra i varî gruppi e i conflitti che fra di essi si sviluppano rendono necessario un maggior grado di compattezza in seno di ciascuno. Per tal modo vediamo più rispettate e più numerose le consuetudini delle classi sociali nelle epoche, in cui domina lo spirito di esclusivismo e di privilegio, in cui le classi costituiscono come tante piccole convevivenze distinte, come tanti piccoli stati autonomi, e parimenti vediamo più rispettate le consuetudini in quei corpi, che, per loro natura, abbisognano di maggiore disciplina e acquistano un'individualità più spiccata. Come, ad esempio, la classe burocratica, o la classe militare.

Invece questa causa va perdendo la sua importanza a misura che il distacco e gli attriti spariscono e le classi sociali si confondono. Esse perdono allora il sentimento della propria individualità, non provano più il bisogno di difendersi come corpo, e lo spirito di disciplina, il sentimento di solidarietà s'indeboliscono e si dissolvono. E in pari tempo il gruppo non sente più il desiderio, non ha più la necessità di regolare in modo speciale i propri rapporti, di obbedire a speciali norme; o sente questo bisogno in proporzioni troppo piccole, perchè lo spirito di gruppo origini speciali consuetudini o infonda ad esse una speciale forza obbligatoria.

Ma non sono questi i soli moventi che operano nel gruppo; accanto ai sentimenti che ne determinano l'individualità, la solidarietà, la disciplina; vi è la più chiara percezione dei propri interessi, una visione più netta dei propri bisogni, e delle con-

dizioni di adattamento all'ambiente, come dei mezzi per rispondervi. Nel grande ambiente del vasto aggregato la percezione degl'interessi collettivi non è sempre chiara, perchè i rapporti vi sono molto complessi e perchè, a causa di questa stessa complessità, gli effetti non sono sempre in armonia con i fini, le azioni non sempre conseguono i risultati cui sono dirette. Onde i rapporti s'intrecciano in mille modi, molte volte in modi inaspettati e improvvisi, e diventano per questa istessa ragione più mobili e più oscillanti, tanto da mantenere sempre un certo distacco fra la maniera come sono concepiti a la maniera come esistono effettivamente, fra la coscienza sociale e le necessarie condizioni di fatto e di adattamento.

Inoltre, nella vasta collettività gl'interessi collettivi non sembrano così direttamente collegati con gl'interessi singoli, e siccome non riguardano molto da vicino le singole persone, vengono a considerarsi come assai lontani o del tutto indifferenti (così il proverbio: cosa di tutti, cosa di nessuno ecc.). Onde, anche per questo, la solidarietà degl'interessi non si presenta assai chiara alle coscienze di tutti e non induce alla partecipazione attiva e alla difesa della cosa comune.

Nel piccolo ambiente del gruppo invece, i rapporti sono più semplici e più stabili, gli effetti delle azioni seguono più immediatamente i motivi, onde sono determinate e si muovono più direttamente verso gli scopi, cui sono rivolte, diventa quindi più facile ad ognuno di seguire le conseguenze della propria condotta e di comprendere i bisogni e le condizioni di adattamento del corpo al quale appartiene e i mezzi più atti per corrispondervi. Mentre poi si vede assai meglio la connessione fra gl'interessi collettivi e quelli singoli, anzi questa connessione può parere così intima, da far riguardare gli uni con gli altri indissolubilmente legati, tanto da costituire una cosa sola.

In tali condizioni gl'interessi collettivi sono meglio percepiti, come è percepita ed intesa la loro grande solidarietà; per cui si creano facilmente quelle coordinazioni di atti meglio appropriati alla loro coesistenza, al pari che alla loro difesa e al loro sviluppo; e queste coordinazioni acquistano un grado ele-

vato di autorità e si attirano ben presto il rispetto di coloro, cui giovano, o si suppone, debbano giovare.

Questa è la ragione per cui sorgono così agevolmente e in così breve tempo le consuetudini in seno delle classi dei professionisti, degl'industriali, dei commercianti: gl'interessi, non solo vi sono rispettivamente più omogenei, ma vengono meglio percepiti e meglio compresi dai loro componenti, per cui le varie concentrazioni di forze sociali vi si producono nei varî punti con la massima facilità. Ognuno allora intende bene i propri diritti e sa metterli in armonia con i propri interessi come con gl'interessi della collettività, alla quale si connettono e senza la quale non potrebbero farsi valere. Le consuetudini commerciali, ad esempio, trovano negl'interessi stessi onde vengono suggerite alla classe dei commercianti, la maggior parte delle forze, che le rende obbligatorie.

Questa causa poi non restringe la sua azione entro i limiti di una sola convivenza, ma molte volte supera questi limiti per espandere la sua influenza entro un numero più o meno grande di convivenze sociali e politiche. E ciò perchè i gruppi simili di varie convivenze o di varî stati sono spesso congiunti, non solo da affinità di aspirazioni e d'interessi, ma anche, da vincoli molteplici determinati da queste affinità, per cui le consuetudini dei gruppi sorgono, non solo nei rapporti interni, ma anche nei rapporti intersociali e internazionali, e ricevono dalla medesima causa, anche in questo secondo campo, un grado elevato di autorità e di rispetto.

Già osserviamo fin dall'antichità classica l'influenza del gruppo nei rapporti internazionali, come ad esempio, allorchè, durante la guerra peloponnesiaca, Sparta ed Atene si danno ad appoggiare rispettivamente le classi aristocratiche o le classi democratiche dei piccoli stati della Grecia. Ma questa influenza diventa ancor più spiccata nei rapporti commerciali, poichè, rispetto a tali rapporti i contatti si fanno più frequenti e più attivi e la solidarietà degl'interessi viene a delinearsi in modo più chiaro e più uniforme. Così in un periodo abbastanza primitivo nella storia dell'umanità, quando i rapporti fra gli stati

sono ancora informati a sentimenti di ostilità e di lotta, si affermano già le prime consuetudini giuridiche nei rapporti fra i commercianti e il commercio internazionale assume un certo sviluppo, e in certi paesi uno sviluppo anche considerevole.

Si comprende poi che col crescere e col moltiplicarsi dei rapporti fra gli stati, col sorgere di una convivenza internazionale sempre più intima e sempre più compatta, col parificarsi delle condizioni, con l'uniformità crescente dei bisogni e degl'interessi, l'azione di quella causa tende a diventare più attiva ed intensa. Anzi essa può annoverarsi fra i fattori più importanti del diritto internazionale, poichè dall'azione di essa le norme di quel diritto hanno ricevuto e ricevono un impulso notevole. Basta infatti notare l'influenza che hanno esercitato le classi militari nel regolare il diritto di guerra.

Ma anche questa causa non si può considerare indipendentemente dall'azione della ripetizione, perchè uno dei motivi per cui la consuetudine sorge più facilmente e si rafforza nell'interno del gruppo, è appunto da ricercarsi nella maggiore facilità e frequenza con cui si produce allora la ripetizione. Tutte le condizioni che finora abbiamo esaminato a tal proposito conducono a questo risultato. Lo spirito di corpo, il sentimento di solidarietà, lo spirito di disciplina, come l'omogeneità e l'armonia degl'interessi, la relativa semplicità dei rapporti e la loro relativa stabilità, rendono tutti la ripetizione più facile e più frequente, mentre in pari tempo ne aumentano l'efficacia.

Poi, indipendentemente da tutto ciò, queste condizioni proprie della vita del gruppo non potrebbero esercitare la loro influenza sulla consuetudine, non potrebbero quindi dare origine alla norma giuridica se non passando a traverso la ripetizione. Anche di fronte al gruppo la ripetizione è l'estrinsecazione materiale della coscienza collettiva, il segno materiale del comando.

§ 47. — Un'altra causa consiste nella redazione scritta della consuetudine.

Lo scritto, per sè solo, infonde alla consuetudine una maggiore autorità per la forza suggestiva che dispiega sugli animi. Lo scritto è come una specie di consacrazione dell'uso, è come

una solenne affermazione della coscienza giuridica del popolo, è l'atto che fissa la regola, sottraendola alle continue oscillazioni della pratica. Esso è il segno permanente della parola e, come tale, acquista un carattere misterioso, esercita un'influenza notevole sulla fantasia popolare, specialmente nelle convivenze ancora rozze, quando la scrittura costituisce una specie di scienza occulta, un'arte di pochi privilegiati. Ciò che è scritto diventa allora sacrosanto semplicemente perchè scritto.

E così, la storia e la tradizione ci mostrano come fosse grande il rispetto, la venerazione da cui venivano circondate le prime tavole di legge, i primi libri in cui erano raccolti gli usi del popolo. Essi erano libri sacri, compilazioni solenni, connesse con avvenimenti straordinari nella vita del popolo, che venivano adornati nella leggenda con tutti i colori della fantasia collettiva, quando non erano in tutto e per tutto un prodotto di questa fantasia. Il carattere sacro di quelle raccolte e di quelle compilazioni cresceva ancora di più quando le classi sacerdotali e le classi aristocratiche si facevano gelose custodi di quegli scritti e avevano cura, anche nel proprio interesse, di sottrarle agli occhi del pubblico; poichè allora, al mistero determinato dalla scrittura si aggiungeva quello determinato dalla solennità e dalla segretezza, con cui lo scritto veniva conservato e custodito.

L'autorità di quelle norme era anche in rapporto con l'autorità di colui che aveva fatto, o si supponeva avesse fatto quella raccolta, però che più grande era l'autorità del compilatore, più veneranda e luminosa era l'aureola che intorno alla sua persona veniva collocando la leggenda, e più diventava rispettabile lo scritto e quindi diventavano autorevoli le norme in esso contenute. Lo scritto, emanazione di quelle persone straordinarie, quasi parte di esse, non poteva non assumere anche esso un carattere straordinario. Ma in tal caso, all'azione dello scritto propriamente detto si aggiungeva l'influenza della persona, onde si supponeva provenisse la norma.

Nel fatto, ciò che si attribuisce alla mente di legislatori famosi esistiti nella più remota antichità, non è, per lo più che un prodotto della coscienza popolare. Quei nomi famosi, o sono

pura creazione della leggenda, o rappresentano semplici compilatori di consuetudini. Per un periodo più o meno lungo le leggi non sono che raccolte o compilazioni di consuetudini. Ma il passaggio dalla pratica alla forma scritta costituisce un fatto così importante, che non poteva essere o supporsi compiuto se non da persone straordinarie. Onde queste dovevano apparire come tali di fronte alla coscienza del popolo, ancora che non lo fossero effettivamente.

L'autorità della scrittura si osserva, non solo presso i popoli dell'antichità, ma anche in epoche posteriori e in genere dovunque il diritto viene principalmente determinato per mezzo della consuetudine. Si possono citare ad esempio le raccolte di consuetudini comparse in Francia e in Germania nel periodo medievale e l'influenza che esse rispettivamente esercitano sul diritto di quei paesi. Certo l'influenza dello scritto come tale va diminuendo a misura che l'uso della scrittura si generalizza e quindi a misura che la scrittura perde quell'aria di solennità e di mistero che aveva assunto fin da principio. Ma se perde terreno l'influenza dello scritto come tale, rimane sempre la sua influenza come un mezzo per fissare e precisare il pensiero. La consuetudine scritta avrà sempre a suo favore l'autorità che viene dalla certezza, che essa assume con la scrittura. Una tale consuetudine si considera a preferenza come definitivamente stabilita e cessa per questo di essere discussa, il che significa che nessuna dispersione di forze verrà a indebolire il concentramento operatosi a favore di essa.

Parlando dell'azione della scrittura non bisogna poi tacere l'azione della stampa, essa anzi venne ad affermarsi proprio quando l'azione della scrittura si era in gran parte indebolita. La stampa dispiega anche essa una forza magica sulla coscienza popolare, non solo per la grande diffusione che per mezzo di essa acquistano le idee, ma anche per la forma materiale, tipografica, che esse assumono. La veste tipografica dà alle parole una forza nuova, una maggiore potenza suggestiva, forse perchè le presenta con maggiore evidenza, o perchè rimane più o meno ignoto e misterioso per il grosso pubblico il meccani-

smo con cui esso si produce, o perchè è meno comune che lo scritto, o perchè si suppone che solo le cose importanti possano o debbano assumere questa veste, o per queste e altre ragioni insieme prese.

Questa forza suggestiva è certo massima nei primi tempi in cui la stampa comincia ad essere adoperata, poichè tutte quelle cause agiscono allora con la massima intensità; ma essa opera anche oggi dei grandi effetti, sebbene la stampa sia diventata così comune e venga così largamente usata ed abusata in tutti i momenti e da tutte le parti. E anzi, appunto perchè divenuta così comune, ha acquistato una straordinaria potenza di diffusione. Per mezzo di essa le idee si possono in breve tempo comunicare a milioni di persone e possono agire quasi contemporaneamente sopra milioni di coscienze.

Non è quindi indifferente l'influenza che essa può dispiegare nel corroborare una consuetudine, nel far sorgere, costituire e diffondere un'*opinio juris*. Questa influenza anzi apparirà tanto più grande quando si pensa che in tal caso essa si esercita sul gran pubblico, quello appunto che è più esposto all'azione della stampa ed è meno in grado di opporle una forza capace di resisterle.

Ma nell'esaminare l'influenza di questa causa non dobbiamo dimenticare neppure la sua connessione con la ripetizione, poichè anche qui, come rispetto alle cause precedenti, questa connessione esiste. Come è che infatti si dispiega in questo caso la forza suggestiva dello stampato o dello scritto in genere?

Essa si dispiega col richiamare ripetutamente alla coscienza l'idea di quel dato fatto insieme con i sentimenti da cui fu accompagnato. Lo scritto è come la bocca che ripete sempre la medesima cosa, che fa sempre la medesima affermazione, che comunica sempre il medesimo comando. È la ripetizione fissata definitivamente e che si riproduce d'ora in poi sempre nel modo medesimo, come in un fonografo col medesimo cilindro sempre in moto.

Inoltre lo scritto è sempre esso stesso l'ultima tappa del

processo di ripetizione e in tanto può operare in quanto compendia in una formula quel dato processo. Quando interviene lo scritto, la consuetudine già esiste o si suppone che esista; esso in genere non crea, ma rinforza la sua autorità, essendo uno degl'istrumenti per mezzo dei quali si rivela il comando; ma questo comando non vi si rivela direttamente, vi si rivela in quanto ha avuto già occasione di manifestarsi in modo più indistinto con la ripetizione dell'atto. Ciò non toglie peraltro che nella compilazione scritta possano insinuarsi norme, che non esistevano nella pratica o non potevano desumersi da essa; ma ciò può avvenire in forza dell'illusione che si crea nella coscienza pubblica, secondo cui tutto lo scritto apparisce quale un riflesso della pratica e quale una estrinsecazione dell'*opinio juris*.

§ 48. — Viene ora una causa molto importante, la quale comincia ad operare il suo effetto fin dal momento in cui lo stato comincia ad affermare la sua funzione giuridica e più propriamente fin dal momento in cui si delinea la sua funzione giudiziaria; questa causa consiste nella presunzione che la consuetudine venga riconosciuta e applicata dalle corti di giustizia.

Non appena sorgono nello stato gli organi giudicanti e non importa se distinti dagli altri organi o ancora confusi con essi, deve tosto manifestarsi, se non come causa della esistenza, almeno come condizione per la piena validità della norma giuridica, in un gran numero di rapporti, il riconoscimento di essa da parte di quegli organi. La norma giuridica resterebbe una regola puramente teorica quando non venisse applicata dall'autorità giudicante. Onde la presunzione di quel riconoscimento costituisce una parte importante della obbligatorietà della norma. In ciò hanno pienamente ragione i seguaci delle scuole formaliste.

Ma ciò non significa che essa attinga a quella presunzione tutta la sua forza, significa solo che la sua forza obbligatoria non è completamente sviluppata, rispetto a quelle date categorie di rapporti, quando ancora quella presunzione non è sorta, e che in tutti i casi quella presunzione deve esistere sempre, in

modo implicito o esplicito (o almeno non deve esistere una presunzione contraria) perchè si possa parlare di una vera e propria consuetudine. (Ciò, s'intende bene, sempre che si tratti di rapporti che cadano sotto la competenza del potere giudicante). Di modo che, se sorgesse rispetto a quella norma una presunzione contraria, la consuetudine perderebbe ogni carattere giuridico, e si trasformerebbe in una semplice abitudine, in un uso qualunque.

Ecco in conclusione quello che vi è di vero nella teoria che fa dipendere l'esistenza della consuetudine da questa presunzione. Essa, pur costituendo un elemento necessario della sua forza obbligatoria, non è poi la causa prima che la determina. E infatti una tale presunzione può esistere in modo addirittura latente e non rivelarsi se non al momento in cui occorra di farla valere innanzi a una corte di giustizia, o fino al momento in cui essa venga violata. Sino a tali momenti la presunzione può non rivelarsi neppure in modo assai confuso, e non pertanto la consuetudine può dispiegare la sua forza obbligatoria; ma, a cominciare da questi momenti, la presunzione deve manifestarsi, poichè si manifesta allora appunto la possibilità dell'intervento di quegli organi, che devono applicarla e farla valere, di quegli organi per cui s'interpetra e si attua ufficialmente il comando della collettività. Se tali organi non vengono in soccorso della consuetudine in questi casi, significa che essa non è più l'esplicazione di quel comando, non è più la pratica manifestazione della volontà collettiva.

D'altra parte peraltro, non vale per tutte le forme di consuetudine; e bisogna tenere anche conto della considerazione che quando quella presunzione sorge nella coscienza collettiva sorge in pari tempo anche l'idea dell'obbligo per parte delle corti di giustizia di applicare quella data consuetudine; senza di che quella presunzione perderebbe tutta la sua forza. Essa quindi non può essere la causa prima; ma, se ben si pensa, essa non è alla sua volta che la conseguenza della ripetizione e quindi, come tale, uno degli aspetti dell'*opinio juris*. La ripetizione dell'atto fa sorgere l'idea che esso sia conforme al

diritto positivo e, nel medesimo tempo, che faccia parte di quelle norme, che le corti di giustizia *debbono* applicare. Un'*opinio juris* quale è stata da noi definita, non potrebbe sorgere se non sopra questa base; essa contiene sempre in sè, in modo manifesto o latente, la presunzione di quell'obbligo per parte delle corti di giustizia.

Tale presunzione si va implicitamente formando e confermando con la ripetizione dell'atto come una forza latente che poi si spiega al momento dovuto, quando ha luogo quell'urto o quell'attrito capace di provocarne in certo modo l'esplosione. Per cui, se in certi casi può apparire quale una manifestazione improvvisa, nel fatto è poi sempre l'effetto di un lavorìo più o meno lungo in seno della coscienza sociale. Supporre invece che tutta la forza obbligatoria della consuetudine venga da quella presunzione, significa prendere l'ultima tappa del processo come la causa dello stesso processo e disconoscere in pari tempo che la consuetudine possa venire pacificamente osservata senza bisogno di questa presunzione; il che significa disconoscere appunto la realtà dei fatti.

§ 49. — Ripetiamo, ancora una volta, che questa presunzione non può operare i suoi effetti che rispetto a quelle consuetudini soltanto che cadono sotto la competenza delle corti di giustizia; tutte le consuetudini invece che si riferiscono a rapporti rispetto ai quali le corti di giustizia non hanno competenza o rispetto ai quali il potere giudicante non può far valere la sua autorità, questa presunzione non può esercitare alcun effetto, anzi non può neppure sorgere. Tali sono, ad esempio, i rapporti che intercedono fra i pubblici poteri, o quelli che si sviluppano fra gli stati nella convivenza internazionale.

Bisogna notare peraltro che, anche di fronte a questi rapporti può molte volte sorgere una qualche presunzione somigliante o analoga; che abbia a base, non il possibile giudizio da parte di un magistrato o di una corte giudiziaria, ma il giudizio o l'azione o la persuasione di qualche altro organo dello stato, come: la possibile deliberazione di un'assemblea politica o di un consiglio amministrativo, o la possibile opi-

nione ed azione di uno o più governi (nei rapporti internazionali).

Cioè a dire, rispetto a quei rapporti che non cadono sotto la competenza del potere giudiziario, la consuetudine non si può dire definitivamente costituita, fino a tanto che non sorge la convinzione che agiranno sempre a quel modo gli organi fra i quali la consuetudine si sviluppa o dalla volontà dei quali l'osservanza di essa dipende, e quindi fino a che non sorge la presunzione che essa verrà sempre praticata da questi. Così, ad esempio, non si può dire che sia completamente costituita la consuetudine in forza della quale il Gabinetto è costretto a presentare le sue dimissioni dopo un voto di sfiducia da parte della Camera popolare fino a che non sorge la convinzione che il Gabinetto si *sentirà sempre obbligato* a dimettersi in tali casi e la Camera considererà *sempre* quelle dimissioni come un atto regolare e corretto.

Parimenti, non si potrà riguardare come definitivamente costituita la consuetudine che esclude le donne dal trono fino a tanto che, nel paese dove essa esiste, non è sorta la presunzione che l'esclusione delle donne verrà *sempre* riguardata come un *fatto legale* dai poteri dello stato.

E finalmente, nei rapporti internazionali, non si può considerare come definitivamente costituita la consuetudine che assicura all'agente diplomatico l'immunità dalla giurisdizione, fino a tanto che non sorge la presunzione che gli stati riconosceranno e rispetteranno *sempre* d'ora in poi questa forma d'immunità.

In tutti questi casi non abbiamo certo la presunzione sotto la forma precedente, poichè non vi sono nello stato corti giudiziarie che possano estendere la loro competenza sui rapporti di questa categoria, ma abbiamo la presunzione di una disposizione o persuasione favorevole da parte di coloro, da cui in ultima analisi dipende l'osservanza del diritto. A prima vista le due cose possono sembrare molto diverse, ma invece esse si avvicinano molto quando si considera quest'ultimo lato. In ultima analisi quella presunzione in tanto ha valore, in quanto

si pensa che le corti di giustizia, siano gli organi per mezzo dei quali si estrinseca la volontà dello stato; ma questa volontà invece si estrinseca nel secondo caso per mezzo di altri organi egualmente autorizzati a manifestarla, solo che, invece di estrinsecarsi rispetto ai rapporti fra i cittadini si estrinseca rispetto ai rapporti propri.

Queste due forme di presunzione si fondono poi in un certo modo in una forma mista allorchè si tratta di consuetudini riferentisi appunto al funzionamento del potere giudiziario e alla procedura delle corti di giustizia, poichè in tal caso vediamo il medesimo organo che applica il diritto nei rapporti fra i cittadini, applicare anche il diritto nei rapporti propri. La presunzione su cui si fonda la consuetudine in questo caso può quindi assumere un duplice aspetto: si può cioè presumere che i magistrati *agiranno* sempre a quel modo o che essi *giudicheranno* si debba sempre agire a quel modo. È peraltro sempre la medesima volontà, che in tal caso può estrinsecarsi in due diverse maniere.

§ 50. — Ma, oltre alla presunzione, possiamo anche avere il fatto, cioè l'effettivo giudizio delle corti di giustizia, l'applicazione che esse fanno della consuetudine, onde un'altra delle cause che ne rinforzano il carattere obbligatorio: l'effettiva azione del giudice.

Sappiamo che secondo alcuni questa condizione costituirebbe la causa vera della sua obbligatorietà, per cui una consuetudine non si potrebbe riguardare come costituita fino al momento in cui le corti di giustizia non hanno avuto occasione di pronunziarsi intorno all'esistenza di essa. Sappiamo come sia errata anche quest'altra teoria, che del resto si combatte da sè quando si pensa al significato della frase: *applicazione della consuetudine.* Non si può applicare che un principio, una legge, che già esistono.

Ma se non può addirittura determinarne la forza obbligatoria, il giudice, con le sue decisioni, esercita certamente un'azione notevole su di essa. Decidendo sempre in conformità di questa, egli viene sempre più a corroborare l'*opinio juris,* a

confermare la presunzione che la consuetudine sia la conseguenza di un comando effettivamente obbligatorio; mentre decidendo, ora in conformità, ora contro, indebolisce quella forza e fa sorgere dei dubbi sulla legittimità di quella presunzione. E non si può in fine negare che la persistenza del giudice a disconoscere l'esistenza di una consuetudine e a sentenziare quindi senza tenerne conto o in contradizione con essa, ingenera a poco a poco nella coscienza pubblica la presunzione contraria e quindi la tendenza che condurrà alla formazione della dissuetudine e alla scomparsa della consuetudine esistente.

Neanco in quest'ultimo caso peraltro si può dire che il fatto sia opera esclusiva e diretta dell'azione del giudice, esso opera solo in quanto contribuisce a determinare nella coscienza pubblica una convinzione giuridica contraria a quella esistente.

L'azione del giudice poi si esercita, non solo a rinforzare, ma anche ad estendere e a precisare le consuetudini, contribuendo immensamente a rendere più organico e più coerente tutto un sistema di diritto consuetudinario. E ciò il giudice opera con la interpretazione e con la giurisprudenza, di cui dovremo dire qualcosa sulla fine di questo lavoro. Ora ci limitiamo a notare, per meglio far comprendere l'azione del giudice sulla consuetudine, la differenza che a tal riguardo intercede fra quei rami del diritto che cadono sotto la competenza delle corti di giustizia e quelli invece che interamente se ne sottraggono. Poichè, mentre nei primi domina in genere la chiarezza e la precisione, i secondi a preferenza si mostrano vaghi e indeterminati; mentre in quelli il criterio giuridico ha sempre il sopravvento, in questi il criterio giuridico viene spesso intorbidato, confuso, eliminato dalla prevalenza di altri criterii; mentre quelli possono giungere a costituirsi una terminologia esatta, costante e generalmente uniforme, questi non hanno mai una terminologia precisa, uniforme, generalmente accettata; e finalmente, mentre quelli giungono a organizzarsi in sistemi coerenti, organici, magari anche troppo rigidi di norme, questi invece oscillano fra sistemi contradittori, fra un insieme incoerente di norme, che non riescono ad aggrupparsi in un sistema

unico e coerente. E anche in questo secondo gruppo, le parti che possono per qualche lato cadere sotto l'azione del giudice sono quelle che presentano un carattere più definito, più tecnico, più preciso. Citiamo ad esempio quelle parti del diritto internazionale che cadono sotto la giurisdizione delle corti, quantunque varie nei diversi stati per composizione e interessi. Così, tutto ciò che si riferisce alle catture marittime ha potuto assumere, grazie alla giurisprudenza delle corti, specialmente delle corti di certi grandi stati marittimi, una veste giuridica e tecnica e un grado di determinatezza e di coerenza, che manca nelle altre parti di quel diritto.

Da ciò si comprende quanto grande sia l'azione del giudice sulla consuetudine allorchè si può esercitare liberamente, e come e per quanti riguardi possa influire non solo sulla coerenza, sulla precisione, sullo sviluppo del diritto consuetudinario, ma anche sull'autorevolezza e sulla forza obbligatoria delle sue norme; e ciò tanto in modo diretto che in modo indiretto. Del resto poi gli elementi formali del diritto sono fra loro così strettamente collegati, che ciò che contribuisce alla coerenza e alla precisione della norma contribuisce indirettamente anche al suo grado di autorità; e viceversa, ciò che contribuisce direttamente nella sua autorità si riflette poi sulla sua precisione e coerenza.

Anche questa causa si mostra poi legata col fenomeno della ripetizione. E ciò in varî modi e sotto diversi aspetti. Già si comincia che la stessa decisione del giudice costituisce anch'essa un atto nel processo di ripetizione. Il giudice che applica la consuetudine non fa in fondo che ripetere l'atto da cui la consuetudine è sorta; e lo ripete in due maniere diverse: lo ripete quando ne constata l'esistenza per riconoscerne il carattere obbligatorio e lo ripete con obbligare le parti a riconoscerlo come legge. Le ripetizioni che si producono in questo caso hanno poi un carattere più solenne, sia perchè diventano pienamente coscienti in tutti gli stadii del loro essere, sia perchè si operano a mezzo di un organo ufficialmente autorizzato a interpretare il diritto.

Inoltre le stesse decisioni dei giudici sono soggette alla legge

della ripetizione e ne risentono gli effetti: più esse si ripetono e più acquistano autorità e più si rinforzano, quindi sempre più contribuiscono a formare nella coscienza pubblica quel concentramento di forze, su cui, in ultima analisi, la consuetudine riposa. Anche per esse la ripetizione, per produrre tutti i suoi effetti, deve essere costante ed uniforme. Ed anche per esse la ripetizione genera una speciale consuetudine, cioè la consuetudine a giudicare sempre in quel dato modo *(l'usus fori)*, la quale in tal caso si svolge parallela con la consuetudine giuridica, che essa riconosce e conferma.

§ 51. — Questa causa, come la precedente, suppone nello stato l'esistenza di un organo giudiziario, che per giunta sia competente a giudicare intorno ai rapporti, a cui le consuetudini si riferiscono. L'azione del giudice, come sappiamo, non si può estendere ai rapporti per i quali il giudice non è competente.

Dobbiamo peraltro ripetere quello che abbiamo detto innanzi, quando invece che del fatto parlavamo della semplice presunzione. Vi possono cioè essere rispetto a questi rapporti delle deliberazioni, delle dichiarazioni, delle affermazioni, dei fatti, che, fino a un certo punto tengono il posto delle sentenze e dell'azione del giudice.

Ad esempio: le dichiarazioni fatte in un'assemblea politica dai membri autorevoli o da un certo numero in genere di membri, gli ordini del giorno da essa votati, le deliberazioni di un consiglio amministrativo, i voti di un collegio burocratico, anche se soltanto consultivi, esercitano una notevole influenza sulla forza obbligatoria della consuetudine nel campo del diritto pubblico. E possono produrre il medesimo effetto anche le affermazioni degli alti funzionari dello stato (come ministri, sotto-segretari, direttori generali, agenti diplomatici), i quali, per l'alta posizione che occupano, sono meglio in grado di conoscere il diritto pubblico positivo e si suppone che possano esserne interpreti intelligenti e autorevoli.

Nei rapporti internazionali poi questa causa può assumere un aspetto tutto proprio, può assumere cioè la forma di *riconoscimento,* inteso qui nel senso tecnico della parola. A tal pro-

posito riteniamo opportuno di riportare un brano di ciò che scrivemmo parecchi anni or sono, parlando delle fonti del diritto internazionale: « Non sempre la consuetudine giuridica si sviluppa egualmente fra tutti gli stati, in modo che tutti cooperino alla formazione di essa. Ordinariamente pochi stati vi collaborano, spesso si sviluppa anzi dai rapporti fra alcune classi sociali appartenenti a paesi diversi (commercianti, marinai, guerrieri); ma una volta che si è costituita e si trova in corrispondenza con certi bisogni della convivenza internazionale, gli altri stati, in cui esistono tali classi, a poco a poco se l'appropriano, l'accettano, la *riconoscono*, di modo che la consuetudine finisce per diventare comune a tutto un sistema di stati. Il *riconoscimento*, ecco un' altra fonte propria del diritto internazionale positivo. Gli scrittori, generalmente, non si occupano di questa fonte, che pure ha un' importanza capitale, però che questo diritto ha il carattere di diritto spontaneamente accettato dalle parti, e perciò i suoi principî e le sue norme, in tanto regolano la condotta degli stati, in quanto si suppone che siano da essi *riconosciuti*. Il riconoscimento è perciò quell' atto col quale uno stato accetta direttamente o indirettamente, in modo tacito o espresso, una data norma o un dato vincolo giuridico, oppure considera un altro stato come capace di osservare quella norma o di costituire quel vincolo; per cui il riconoscimento ha un doppio aspetto e si riferisce, non solo alle norme, che devono praticarsi, ma anche alle persone che devono osservarle » (1).

Rispetto a tali rapporti adunque il riconoscimento determina una maggiore espansione della consuetudine, ma può anche accrescerne l'autorità e la forza obbligatoria, rendendo pienamente cosciente ciò che è una elaborazione semi-cosciente della collettività.

§ 52. — Molti autori poi insistono sulla pubblicità come un requisito essenziale per l'esistenza della consuetudine, e questi sono coloro che non riconoscono la consuetudine come un

---

(1) *Filosofia del Diritto internazionale*. Firenze, 1889, p. 259.

[illegible] formazione del diritto, come [illegible] fonte dipen-[illegible] e del-[illegible] *populi* o [illegible] repubblica o [illegible] aggiungerebbe [illegible] per parte degli or-[illegible] la pubblicità [illegible] luogo [illegible].

[illegible] occasione [illegible] formazione auto-[illegible] indipenden-[illegible] forza ob-[illegible] Essa [illegible] poggiando [illegible] la sua stessa esi-[illegible].

A [illegible] deve [illegible] a questa causa [illegible] negare quello di [illegible] sempre più il carattere [illegible]. « Senza dubbio, osservava a tal proposito il Savigny, taluni atti per la loro pubblicità possono essere particolarmente capaci di dimostrare un diritto consuetudinario, tal'altri per la loro clandestinità possono essere a ciò disadatti . . . . Ciò dipende dal fatto, che per tali circostanze l'atto è più o meno idoneo a servire d'indizio della persuasione giuridica che deve esserne fondamento » (¹).

La pubblicità deve quindi considerarsi come un altro atto materiale che serve a mettere meglio in rilievo l'esistenza di un comando giuridico; ma non esercita poi alcuna influenza nel determinare tale comando.

Anche la pubblicità è peraltro collegata col fatto della ripetizione ed opera i suoi effetti principalmente per questa colle-

(¹) Op. cit., I, 1[illegible]3.

ganza. La pubblicità in fondo non consiste in altro che in una serie di avvenimenti o di atti, in forza dei quali la consuetudine viene portata a cognizione del pubblico. Ma sia uno o siano più gli atti pubblici, il fatto si è che la pubblicità vera non si determina che col passaggio di bocca in bocca, con la comunicazione da persona a persona, sia, direttamente con la parola o con i gesti, sia indirettamente, con istrumenti adatti (telegrafo, fonografo, stampa, scrittura, fotografia ecc.) che s'incaricano di effettuare questa trasmissione, ripetendo la cosa infinite volte e in mille maniere.

§ 53. — Resta ora l'ultima causa, la legge.

La consuetudine può acquistare una maggior forza obbligatoria per mezzo della legge, ma in questo caso non si può più parlare di consuetudine, poichè la maggiore autorità della legge offusca ed assorbe quella della consuetudine e la norma giuridica si considera come derivante da quella e non da questa.

Bisogna peraltro fare una distinzione e considerare in modo diverso il caso in cui la legge non fa che confermare una consuetudine, dando ad essa forma di legge, e il caso in cui la legge si riporta alla consuetudine per regolare certi rapporti, che essa non regola direttamente. Nel primo caso la consuetudine sparisce del tutto in seno della legge, onde il giudice che applica il diritto non ha menomamente l'obbligo di ricercare se esiste la consuetudine confermata dalla legge, basta che si accerti dell'esistenza di questa. Esso deve applicare il diritto come una disposizione della legge e non come una conseguenza della consuetudine. Avendo lo stato manifestato la sua volontà per mezzo del potere legislativo, non vi è alcuna ragione per andar cercando la manifestazione di un' altra volontà. Certo, una legge che conferma una consuetudine può avere un valore sociologico molto diverso da una legge che esce tutta dalla mente e dalla volontà del legislatore; ma il suo carattere formale, il suo valore giuridico sono identici a quelli di ogni altra legge.

Diversamente accade invece nel secondo caso, poichè la

legge non formula allora le singole norme, le singole disposizioni del diritto, ma lascia che esse vengano determinate dalla consuetudine. Così, quando il nostro codice civile dispone all'articolo 485: « Se l'usufrutto comprende boschi cedui, l'usufruttuario è tenuto a osservare l'ordine e la quantità dei tagli, giusta la distribuzione dei medesimi o la *pratica costante dei proprietari* »; o quando dispone al 1° capoverso dell'articolo 1232: « Nelle materie commerciali l'interesse degl'interessi è inoltre *regolato dagli usi e dalle consuetudini* »; esso rinunzia a formulare una norma intorno a questi dati fatti, ma si riferisce per essi alla norma che viene dalla consuetudine determinata.

Rispetto a tali casi non si può adunque dire che la norma venga dalla legge, poichè la legge lascia alla consuetudine il campo libero; e le corti di giustizia che devono applicare il diritto, non si possono limitare alla ricerca della legge, chè in tali casi e rispetto a tali rapporti la legge propriamente non esiste, ma hanno l'obbligo di ricercare e di applicare la consuetudine. Esse devono, stando agli esempi citati, ricercare quale sia la *pratica dei proprietari* intorno al taglio dei boschi, quali siano gli *usi commerciali* intorno al modo come si regolano gl'interessi degl'interessi.

Ma, sebbene in questi casi i rapporti vengono regolati dalla consuetudine, pure la consuetudine, di cui qui si tratta, non è una consuetudine come un'altra, essa è una consuetudine dipendente, mantenuta in vigore dalla legge, alla quale attinge una parte della sua forza obbligatoria. Certo essa, considerata in sè, è una consuetudine come un'altra, che si forma col medesimo processo e ha bisogno, per sussistere, delle condizioni che abbiamo finora esaminato; di modo che, se quelle condizioni non sussistono, essa non potrebbe essere applicata, perchè non sarebbe una consuetudine. Ma, una tale consuetudine non si può considerare soltanto in sè, si deve anche considerare in connessione con la legge, che le comunica una parte della sua forza. Essa non viene rispettata e applicata semplicemente come consuetudine, ma come *una consuetudine*, che la legge riconosce. Onde la forza obbligatoria della norma risulta dal-

sulta dall'azione, a dir così, combinata della legge con quella della consuetudine.

Può soltanto sorgere il dubbio, se le espressioni vaghe e poco uniformi, di cui nelle disposizioni citate il legislatore si serve, vogliano riferirsi sempre a consuetudini giuridiche vere e proprie, o pure in genere ad abitudini sociali; ma qui non è il caso d'istituire una tale ricerca, che sarebbe certamente fuori di proposito. Noi ora vogliamo semplicemente occuparci delle consuetudini giuridiche e basta, per il nostro punto di vista considerarle qui soltanto come tali.

§ 54. — Il lettore forse si maraviglierà un poco nel non vedere annoverate, se non fra le cause che determinano la forza obbligatoria della consuetudine, almeno fra quelle che la ribadiscono, la ragionevolezza di essa, la conformità alla ragione e la sua legittimità *(rationabilis et legittime o canonicae praescripta)*. Ma questa esclusione non è stata casuale, è stata fatta intenzionalmente.

Per noi questi requisiti, o si confondono con l'*opinio juris* o non hanno alcun valore. Quello che crea la forza obbligatoria della consuetudine, è tutto ciò che tende a fare apparire, anche in modo assai vago, la norma o gli atti da cui deriva, come esistenti ed esistenti perchè direttamente o indirettamente connessi con un comando della volontà collettiva; tutto il resto non ha influenza di sorta o ha un'influenza meramente secondaria. Ora la conformità a ragione non ha l'efficacia di determinare, nè l'una cosa, nè l'altra. E come vi può essere una legge non pienamente ragionevole, non si capisce perchè non vi possa essere anche una consuetudine non pienamente ragionevole: il principio delle *dura lex sed lex* va applicato, come abbiamo detto, tanto alla legge che alla consuetudine, e la *dura lex* può essere anche una *lex* non *rationabilis*.

Il caso può certamente verificarsi nella consuetudine assai meno che nella legge, ma ciò non toglie che si possa verificare. Questo può accadere, ad esempio, tutte le volte che le consuetudini soppravvanzano i tempi, cioè le condizioni che le hanno fatte sorgere. Parecchie delle consuetudini che regolano le im-

munità parlamentari e diplomatiche sono nel caso. Esse non sono più ragionevoli perchè le condizioni, in forza delle quali si erano costituite, si sono ora completamente trasformate. Come ammettere più che l'agente diplomatico debba essere esentato dalle imposte personali, una volta che nei moderni paesi civili le imposte non vengono più determinate dall'arbitrio del principe, ma vengono approvate con numerose garanzie sancite per tutti dalla costituzione e dalla legge? Perchè sottrarre l'agente diplomatico alla giurisdizione civile dello stato straniero, quando nei paesi civili il diritto si ispira ai medesimi principî di giustizia ed è formulato ed applicato in modo molto uniforme nei diversi stati e con tutte le garanzie dirette ad impedire gli arbitri e gli abusi? E perchè a rendere indipendenti i membri del Parlamento o ad impedire che essi vengano turbati nell'esercizio delle loro funzioni, è conservato in tutti i paesi il principio di sottrarli in tutto o in parte alla giurisdizione comune, mentre i pericoli che altre volte minacciavano i membri del Parlamento più non esistono e i medesimi effetti si possono meglio raggiungere con mezzi più ragionevoli, esempio con una magistratura pienamente indipendente e illuminata?

Tutto ciò non è certamente ragionevole, ma questa irragionevolezza non fa perdere a quelle consuetudini la loro forza obbligatoria finchè sussistono, appunto perchè la loro forza obbligatoria non dipende dalla loro ragionevolezza.

Oltre a ciò poi, la ragionevolezza tende in genere a fondersi con l'*opinio juris*. E infatti è difficile che un'*opinio juris* venga a costituirsi quando l'atto che si ripete sia contrario a ragione, poichè esso in tal caso sarebbe anche contrario ai principî di giustizia alle suggestioni della coscienza giuridica quale si determina in una data convivenza. Tanto la coscienza giuridica quanto la ragione, sono in fondo il risultato finale di tutto un processo di adattamento, onde di regola, non si possono trovare fra di loro in contrasto.

Può, è vero, il diritto imporre delle cose contrarie alla ragione, ma di regola il contrasto non apparisce quando il diritto sorge, perchè le stesse cause che determinano un dato

modo di ragionare, suggeriscono poi anche la norma giuridica ad esso conforme; sicchè il contrasto può apparire solo in un'epoca posteriore quando un maggiore sviluppo della coscienza determina un grado di maggiore corrispondenza fra il mondo interno e il mondo esteriore e permette di scoprire tutti i lati erronei del ragionamento dell'epoca precedente. Ma allora comincia ad apparire nel medesimo tempo ingiusto il diritto che si appoggiava a quel dato modo di ragionare.

Esempio classico di questa correlazione sono le sanzioni severe comminate altre volte contro il reato di stregoneria; anzi il semplice fatto di avere innalzato a reato la stregoneria. Certo, quelle sanzioni appariscono ora assolutamente irragionevoli, ma, nel momento in cui erano in vigore esse apparivano conformi a ragione, poichè la stregoneria si considerava, non solo come cosa empia, ma anche come in sommo grado pericolosa per il benessere e la conservazione degl'individui e della convivenza. I posteriori sviluppi della scienza e della coscienza hanno modificato quel dato modo di pensare; ma, in pari tempo hanno anche modificato il diritto a tal riguardo.

Si capisce che ciò che vale per il diritto in genere vale in ispecie anche per la consuetudine.

Inoltre, se si ammette come necessario un tate requisito, si viene ad accordare al giudice la decisione circa una qualità assai poco determinabile; e ciò, contrariamente a quel che ne pensa il Savigny, anche se il requisito si ammette in senso negativo (1).

Non abbiamo poi neppure parlato dell'altro requisito, cioè della legittimità, poichè il criterio della legittimità non può essere desunto che dal concetto del diritto, e una volta che il diritto esiste, esso è per ciò solo legittimo. Così, quando è sorta l'*opinio juris*, in forza della quale la consuetudine è definitivamente costituita, essa è già una consuetudine legittima.

---

(1) Op. cit., p. 190.

CAPITOLO VII.

Carattere necessario della ripetizione.

§ 55. — Esaurito l'esame delle cause che determinano e rinforzano il carattere obbligatorio della consuetudine e visto come in base a tutte stia più o meno sempre il processo di ripetizione, ci dobbiamo ora intrattenere alquanto sulla natura di questa, per rispondere a una domanda, che a questo punto della nostra analisi, può presentarsi spontanea nella mente del lettore. Cioè: la ripetizione è un fatto necessario o è un fatto casuale?

Si capisce subito che la maniera con cui si risponde a questa domanda viene ad influire grandemente, non solo sul modo come in ispecie si deve concepire la consuetudine, ma anche in genere sul modo come si deve concepire il diritto. Essendo la consuetudine una delle fonti principali del diritto e in certi stadii dell'evoluzione, essendo addirittura fonte esclusiva di esso, le norme giuridiche non possono non riflettere in tutto o in parte la sua natura. E tranne a non ammettere la ipotesi assurda che vi siano nello stato due diritti completamente diversi, uno proveniente dalla consuetudine e l'altro proveniente dalla legge, non si può non riconoscere che certi caratteri fondamentali propri della norma che proviene dalla consuetudine, debbano manifestarsi anche nella norma che proviene dalla legge. Per cui la risposta a quella domanda produrrà i suoi effetti, non solo sulla natura della consuetudine, ma anche in genere sulla natura del diritto positivo.

Premesso ciò, non occorre grande acume per vedere quali sarebbero le conseguenze che potrebbero derivare dall'ammettere che la ripetizione sia un fatto casuale, prodotto da puri accidenti. Se è un fatto casuale la ripetizione, diventa un fatto casuale anche la consuetudine che da essa deriva e per conseguenza la norma che da essa scaturisce; e siccome i caratteri fondamentali di questa riappariscano anche nella norma che proviene dalla legge, così anche nella legge deve riapparire il

carattere contingente. Onde, se il diritto in una data convivenza e in un dato periodo del suo sviluppo si manifesta in un dato modo, ciò non dovrebbe attribuirsi all'azione di qualche causa, all'influenza di certe necessità sociali e storiche, ma al semplice incontro di puri accidenti. Mettere in questo modo la questione significa giudicarla; ma d'altra parte essa non potrebbe esser messa in diversa maniera dato quel punto di partenza.

Non bisogna peraltro nascondersi che questo modo di concepire il diritto quale un fatto casuale e contingente può incontrare qualche implicita simpatia da parte di coloro che non vedono altra sorgente del diritto che la volontà dello stato e sopra tutto l'arbitrio del legislatore. Siccome all'arbitrio non si può imporre legge, così ammettere che nel diritto vi è qualcosa di assolutamente diverso dall'arbitrio, vi è la necessità imposta da un naturale ordine di cose, significa ridurre o distruggere la parte dell'arbitrio del legislatore, circoscrivere la volontà dello stato, riconoscere che queste non sono le sole cause, che dietro di esse ve ne sia una più importante e più generale, di cui esse sono la conseguenza o l'apparenza ingannatrice.

Ma, se questo modo di concepire il diritto può trovare un po'd'implicita simpatia presso qualche scuola, esso non può venire da noi menomamente accettato. Il diritto è per noi una formazione necessaria, la conseguenza di un ordine di cose connesso alla natura dell'uomo e dell'umana convivenza, alle esigenze della loro conservazione e del loro sviluppo: ciò che del resto deriva indirettamente da tutto quello che abbiamo detto finora; per cui anche la consuetudine deve presentare questo carattere, come deve presentarlo la ripetizione che sta a base di essa.

§ 56. — La ripetizione adunque non è un fatto accidentale, quantunque possa essere alle volte accidentale il primo atto della serie, la prima coordinazione di forze, donde il processo prese origine.

La ripetizione è in genere determinata dalle stesse leggi della vita sociale, dal bisogno di adattamento degl'individui in

seno dell'aggregato e dell'aggregato alle condizioni dell'ambiente. Essa rappresenta il lato costante di quei bisogni e di quei rapporti ed è un prodotto di questo. Se i rapporti non fossero costanti, essi non si ripeterebbero nel modo medesimo, ma darebbero luogo a coordinazioni sempre diverse, dalle quali non potrebbe venir fuori alcuna forma di consuetudine. Questa è anzi la ragione per cui i rapporti fondamentali della convivenza, quando non sono altrimenti regolati dalla legge, tendono a regolarsi spontaneamente per mezzo della consuetudine. Essi rappresentano condizioni permanenti, rispondono a bisogni costanti degl'individui e dell'aggregato, e devono perciò venir regolati da norme costanti perchè sia possibile la coesistenza degl'individui e lo sviluppo della consociazione.

Se si prende, ad esempio, il rapporto tra i genitori e la prole, si vede subito che esso risponde al bisogno fondamentale della conservazione della specie; ma, siccome la specie non potrebbe conservarsi e la società non potrebbe sussistere se i genitori non prestassero un minimo d'assistenza alla prole e la prole non prestasse un minimo di assistenza ai genitori, così questa assistenza, qualunque essa sia, tende necessariamente a ripetersi e ripetendosi tende necessariamente a fissarsi in un dato modo, dando quindi origine alla consuetudine.

E così ancora, quando un aggregato sociale ricava tutta la sua sussistenza dall'agricoltura, una serie di rapporti costanti viene necessariamente a costituirsi fra gli abitanti e la terra e fra gli abitanti reciprocamente a proposito della terra. E questi rapporti, siccome sono necessari acciò quella società possa in modo definitivo assicurarsi quella fonte di sussistenza e possa quindi svilupparsi su questa base, così essi tendono necessariamente a ripetersi nel modo medesimo e danno quindi origine a coordinazioni stabili e a norme, che in forza della stessa costanza con cui si ripetono vengono a riguardarsi quali comandi della collettività. Onde anche qui la ripetizione e la costanza della ripetizione sono conseguenza di tutto un ordine di necessità, di un insieme di fatti e di rapporti, che si debbono inevitabilmente intrecciare e svilupparsi a quel modo ac-

ciò la società possa sussistere e possa condurre gl'individui al raggiungimento dei loro fini.

Ma ammettere ciò significa già riconoscere che il fatto della ripetizione è un fatto intimamente legato con le leggi fondamentali di coesistenza e di sviluppo sociale e quindi con le leggi di causalità sociale in ispecie, come in genere con le leggi di causalità cosmica. La legge di causalità infatti implica un ordine necessario e incondizionato di coesistenza e di successione dei fenomeni, il che significa che i fenomeni in date condizioni debbono sempre succedersi e riprodursi e coesistere in quel dato modo, cioè ripetersi con quel dato ordine tanto nel tempo che nello spazio. Onde la ripetizione non è che una conseguenza della legge di causalità, o per meglio dire, un aspetto di essa. Per cui le stesse cause che hanno dato origine alla convivenza e ne determinano la conservazione e lo sviluppo sono poi quelle che inducono certe forme di coordinazioni di rapporti a ripetersi tutte le volte che certe date condizioni si verificano; anzi quelle cause non si esplicano e non agiscono che appunto per mezzo della ripetizione. Esse in tanto operano in un dato senso, in quanto sono costanti, in quanto ripetono costantemente la loro azione per produrre costantemente i medesimi effetti.

Così, il bisogno di difesa, l'affetto verso la prole, il sentimento di socievolezza costituiscono ciascuno una serie di stati di coscienza simili, cioè una ripetizione di stati di coscienza del medesimo genere che inducono a una ripetizione simile di atti; e da queste ripetizioni di atti simili nascono poi le coordinazioni costanti, che rendono necessaria la convivenza o necessarie alcune speciali forme di organizzazione da essa assunte.

Del resto, tutto ciò che si riferisce alle fondamentali condizioni di esistenza e di sviluppo della società tende ad assumere un carattere costante e perciò tende a ripetersi nel modo medesimo; mentre tutto ciò che non ha attinenza con queste condizioni fondamentali tende ad assumere carattere mutevole e perciò non si ripete sempre nel medesimo modo; e ciò perchè nel primo caso agiscono cause costanti, mentre nel secondo

caso queste cause non operano o pure s'intrecciano fra loro in modo sempre diverso e danno quindi origine ad effetti sempre differenti. Così la ripetizione fissa i caratteri essenziali, mentre quelli accessorî non riuscendo a ripetersi nel modo medesimo, non riescono a fissarsi e rimangono in balìa del caso, delle circostanze, delle condizioni del momento.

§ 57. — Abbiamo detto al principio del precedente paragrafo che la ripetizione non è un fatto accidentale, quantunque possa essere alle volte accidentale il primo atto della serie.

Occorre spiegare più chiaramente che cosa intendiamo dire con queste parole, poichè a prima vista può sembrare che contengano una contradizione. Infatti se la ripetizione è un fatto necessario, essa deve essere tale fin dal primo atto e non si capisce in che modo possa cambiare natura o presentare insieme due nature distinte. Pure la cosa si comprende agevolmente allorchè il fenomeno si osserva più da vicino, e allora sparisce ogni contradizione, poichè si vede che questa non è nella natura del rapporto, ma nelle condizioni invece, in cui esso si manifesta.

L'accidentalità del primo atto può infatti rappresentare i tentativi che gl'individui e le società fanno, spinti dal bisogno di adattamento, per trovare le condizioni più adatte alle loro varie esigenze e in genere alla necessità di conservazione e di sviluppo. Quando gl'individui e i gruppi d'individui sono mossi da un dato bisogno essi fanno infiniti tentativi per trovare la maniera di meglio soddisfarlo; questi tentativi appunto perchè tali, non sempre raggiungono l'intento, ma costituiscono le esperienze che educano alla ricerca dei modi più appropriati, i mezzi che permettono di scoprirli. Perciò essi non costituiscono dei fatti necessari, ma sono fatti accidentali e che variano secondo le circostanze, il modo come sono percepiti certi bisogni, la forza dell'intelligenza, il grado di sviluppo mentale, e via discorrendo. Ma una volta che si è trovato il modo migliore in quelle date condizioni per rispondere a quella esigenza, per soddisfare quel dato bisogno, allora si cessa dai tentativi, si finisce di andare a tastoni e si tende necessariamente a persi-

stere in quel dato modo, a prediligere quella data maniera di agire. I fatti successivi allora cessano mano mano di essere accidentali e diventano necessari, perchè si connettono sempre più con la soddisfazione di quel bisogno. Non è veramente l'accidentale che diventa necessario, poichè gli atti per loro natura rimangono identici, ma è la nostra mente, o anche il nostro istinto, che scoprono il nesso causale e si lasciano d'allora in poi guidare da esso.

§ 58. — Ciò non toglie peraltro che la ripetizione non possa alle volte congiungere stabilmente rapporti accidentali trascurando di congiungere invece rapporti necessari. Questo può accadere benissimo nella umana società e può accadere tanto più facilmente quando le nostre azioni vengono guidate dalla nostra intelligenza e quindi dalla volontà anzichè dall'istinto.

« Quando gli atti e i fenomeni, scrivevamo altra volta, per opera dei quali un organismo si costituisce e si trasforma sono incoscienti, spontanei, istintivi, vi è molta più probabilità che l'organismo risulti composto in conformità della propria indole, dei propri bisogni, del proprio tipo organico e si sviluppi in conformità delle proprie tendenze. I fatti spontanei hanno un carattere più organico, più rispondente ai bisogni dell'organismo, sono, a così dire, una emanazione più diretta delle sue fondamentali tendenze alla conservazione e al progresso e possono più direttamente contribuire all'organica manifestazione dell'una o dell'altra. Quando invece gli atti e i fenomeni, per opera dei quali un organismo si costituisce e si trasforma, hanno un carattere cosciente e volitivo, vi è sempre una certa probabilità che l'organismo riesca composto in modo non del tutto corrispondente alla sua indole e ai suoi bisogni. L'intelligenza e la volontà non sempre intervengono in modo opportuno e non sempre sanno tenersi entro i limiti necessari. I fatti coscienti e volitivi hanno un carattere meno organico, quasi più arbitrario, hanno certo un campo più vasto di oscillazione e non sono sempre una diretta emanazione di quelle due fondamentali tendenze, per cui non sempre riescono a soddisfarle in modo completo ed armonico; qualche volta le lasciano in parte insoddi-

sfatte, o le trascurano o le comprimono, onde riescono ad infondere all'organismo un carattere artificiale » [1].

Applicando questo al fatto della ripetizione, diciamo che è possibile che in date circostanze vengano a ripetersi e per tal modo a fissarsi coordinazioni di atti, che veramente non corrispondono punto o corrispondono male allo scopo cui sono dirette e rimangano invece incerte e mutevoli altre coordinazioni che rispondono perfettamente a quello scopo. E questo può accadere tanto più quanto meno, a parità di condizioni, la ripetizione ha origine istintiva e incosciente, poichè l'intelligenza e la volontà possono assai più che l'istinto andare soggette ad illusioni, ad aberrazioni e a traviamenti. Così si spiega, ciò che altrimenti sarebbe del tutto inesplicabile, come certe consuetudini giuridiche in ispecie o certe abitudini sociali in genere possano costituirsi e traversare immutate anche i secoli, quantunque non rispondano alle condizioni di adattamento degl'individui e della società e riescano anzi ad esse del tutto contrarie, basta a tal proposito ricordare alcune delle consuetudini irrazionali precedentemente indicate, per la prima categoria; e per la seconda, basta richiamare parecchie delle strane usanze sociali in voga anche nella nostra società o parecchi dei capricciosi arbitri della moda.

Qui si potrebbe obbiettare peraltro che le illusioni e le aberrazioni della coscienza, se producono i loro effetti dannosi allorchè si tratta della legge che è un fatto pienamente cosciente, non dovrebbero poi avere alcuna efficacia deleteria quando si tratta della consuetudine, per la semplice ragione che questa è una formazione incosciente, che si opera più sotto l'azione dell'istinto che sotto l'azione della volontà.

È infatti indubitato che quelle cause agiscono più frequentemente e più intensamente quando si tratta della legge anzi che quando si tratta della consuetudine; ma se agiscono più in quel caso non significa che vengono completamente escluse quando si tratta della consuetudine. E ciò perchè non è vero

---

(1) *Il Diritto costituzionale e la Biologia.* Perugia, 1892, pp. 21-22.

che la consuetudine sia una formazione del tutto incosciente, come si viene comunemente affermando. Nella formazione della consuetudine concorrono elementi coscienti e elementi incoscienti, secondo proporzioni naturalmente variabili col variare delle condizioni che accompagnano il processo formativo.

In genere anzi non si può affermare che coloro che iniziano una data coordinazione di atti siano del tutto incoscienti; essi agiscono sotto l'impulso di certi bisogni chiaramente o confusamente percepiti, ma non agiscono sempre in modo istintivo, poichè scelgono per lo più fra parecchi atti, fra parecchie possibili maniere di agire quella che credono più adatta, più conveniente, insomma, preferibile alle altre. Così, ad esempio, non è possibile che sia sorta per semplice istinto una consuetudine che regola le condizioni dei contratti, o l'ordine della successione intestata, o i contratti di borsa, o i trattati internazionali, o le immunità diplomatiche e via discorrendo; poichè tutti questi fatti implicano rapporti assai complessi, combinazioni assai variate, che l'istinto non avrebbe potuto prevedere e gli uomini non avrebbero quindi potuto regolare senza la guida dell' intelligenza.

Sappiamo inoltre l'influenza che esercitano, non solo sulla diffusione e sul carattere obbligatorio, ma addirittura sulla formazione di essa tanto i giuristi che il giudice. Essi possono, con la loro interpretazione del diritto, dare addirittura origine a nuove consuetudini, quantunque poi queste appariscano sempre come formazioni spontanee della coscienza popolare. Ora si sa che l'azione dei giuristi e dei giudici è un'azione pienamente cosciente. Essi in tanto operano, in quanto hanno piena coscienza di quello che fanno; la loro azione, come quella del legislatore, è un'azione riflessa, poichè vien fuori da un esame (e non importa se perfetto o imperfetto) delle condizioni di fatto e dei bisogni cui si deve soddisfare o degli scopi in genere, che si devono raggiungere.

Onde, anche per questa seconda ragione, non si può considerare come addirittura istintiva la genesi della consuetudine.

Ma dopo ciò bisogna subito aggiungere che le aberrazioni

onde può andar soggetta la coscienza costituiscono solo una delle cause per cui la ripetizione e quindi la consuetudine non si mantengono sempre in armonia con le necessarie condizioni di fatto e di adattamento dell'aggregato. Accanto a questa ve ne sono altre e noi ne notiamo due che ci sembrano principali.

Innanzi tutto gl'interessi dei gruppi che non sono sempre in armonia con gl'interessi di tutto l'aggregato. Abbiamo già veduto quale e quanta influenza può esercitare il gruppo, sia a far sorgere la consuetudine, sia ad aumentarne l'autorità. Ma può avvenire che gl'interessi del gruppo siano in contrasto con quelli della grande collettività cui il gruppo appartiene e quindi le ripetizioni e le coordinazioni, che esse provocano, si trovino alla loro volta in contrasto con le necessarie condizioni di esistenza di tutto l'aggregato e si sottraggano perciò all'azione della generale legge di adattamento.

Ma qui bisogna fare una distinzione fra i rapporti esclusivamente interni del gruppo, e che quindi si riferiscono soltanto alle sue peculiari condizioni di adattamento, e i rapporti esteriori, che collegano cioè o possono collegare il gruppo con gli altri gruppi e quindi con la convivenza in genere. Quanto alla prima categoria di rapporti il contrasto cui qui accenniamo non potrebbe verificarsi che nel solo caso, in cui la ripetizione tendesse a far sorgere e a consolidare nella convivenza un gruppo che fosse assolutamente incompatibile con le sue condizioni di adattamento e di sviluppo. Così, se in uno dei moderni paesi liberi si costituisce un'associazione segreta con interessi politici assolutamonte in contrasto con quelli dell'aggregato o sorgesse una classe avente lo scopo di far rivivere gli aboliti privilegi commerciali, industriali o nobiliari dei vecchi regimi. In questi casi convien ritenere che, siccome il gruppo in genere è in tutto e per tutto in contrasto con le condizioni di adattamento dell'aggregato, tutto ciò che tende a favorire e a consolidare la vita di questo gruppo non può trovarsi in armonia con l'interesse dell'intera collettività. Perciò anche le ripetizioni interne in forza delle quali sorgono le interne consuetudini del gruppo, se sono in armonia con le condizioni della sua esi-

stenza, non si trovano in armonia con le condizioni di esistenza del grande organismo, cui il gruppo appartiene.

Non si può pertanto negare che in questo caso la ripetizione segua in genere le leggi di adattamento; essa certamente le segue, ma le segue favorendo la vita di una parte, che non concorda con la vita del tutto.

Questi casi peraltro sono molto rari, poichè le stesse condizioni di adattamento del grande aggregato vengono a rendere difficile o impossibile l'esistenza del piccolo organismo con esso in contrasto.

Più frequenti sono invece i casi della seconda categoria. Quivi si tratta infatti di gruppi che non sono per loro natura incompatibili con l'aggregato cui appartengono, ma i cui interessi non sono in tutto armonizzabili con esso. Ora, può avvenire che le consuetudini di questo gruppo si possano per imitazione diffondere a una parte o a tutto l'aggregato, sia per l'autorità che il gruppo gode, sia per l'influenza di cui dispone, sia per le illusioni che si producono circa l'utilità di quelle consuetudini, sia per la stessa azione degl'interessi egoistici che esse mettono in giuoco. In tutti questi casi l'imitazione (forma di ripetizione) non segue le necessarie leggi di adattamento e sorgono perciò delle consuetudini che non rispondono ai veri bisogni dell'aggregato.

Anzi allora il contrasto può essere determinato da una duplice serie di cause, le quali possono agire, sia separatamente, sia con forze accumulate. Cioè può essere determinato dal fatto che sotto quel dato aspetto, gl'interessi del gruppo non armonizzino con quelli dell'aggregato; ma può essere anche determinato dal fatto che, in tali condizioni, le consuetudini spesso degenerino o tendano a degenerare. Portate fuori dal loro ambiente naturale, di fronte a diverse condizioni di fatto, esse perdono il loro carattere primitivo, si snaturano e si rivolgono a scopi diversi da quelli per cui erano sorte. Possiamo citare ad esempio le consuetudini che si riferiscono a certi contratti di borsa o alla cambiale introdotta nei rapporti comuni. In entrambi i casi si osserva una deviazione che riesce a scapito, non solo

della società in genere, ma può riuscire a scapito della stessa classe commerciante a cui vantaggio erano un tempo sorte quelle coordinazioni di atti.

Di un' altra causa abbiamo avuto occasione di discorrere implicitamente in un precedente capitolo, in cui abbiamo parlato in genere della tenacia con cui le abitudini tendono a conservarsi. Questa tenacia naturalmente si manifesta anche nelle consuetudini. La forza che si è lentamente concentrata per produrle, non si disperde improvvisamente e perciò tende a conservarsi per un tempo assai più lungo di quello che molte volte comporterebbe la natura dei rapporti che essa coordina. In altri termini, la ripetizione, per la stessa ragione per cui fissa i rapporti, toglie ad essi quella elasticità necessaria, che permette ad essi di muoversi in armonia con le leggi di adattamento. Può quindi avvenire che i rappnrti costanti, appunto perchè tendono a ripetersi frequentemente nel modo medesimo, non riescono poi a ripetersi in modo diverso quando mutano radicalmente le condizioni in cui si svolgono. Onde anche per questa ragione la ripetizione non viene sempre a seguire le leggi di adattamento e quindi a muoversi in armonia con le esigenze dell'aggregato.

Comunque sia, peraltro, questi fatti costituiscono le eccezioni e non possono riguardarsi come condizioni normali, non possono assorgere al grado di generali principî regolatori dello sviluppo sociale. Chè se così fosse, non sarebbe possibile, nè lo sviluppo, nè la conservazione della convivenza. E in vero, se questi casi costituissero, non l'eccezione, ma la regola, dovrebbe avvenire questo, che la società e gl'individui tenderebbero a ripetere a preferenza quegli atti che sono in contrasto con le esigenze di adattamento e quindi contrari alla propria conservazione e al proprio sviluppo. Se ciò fosse vero, una convivenza umana non potrebbe allora sussistere; e se sussiste vuol dire che ciò non è vero.

Quei fatti devono dunque riguardarsi come eccezionali, e sono anzi tanto più eccezionali, quanto più l'evoluzione della convivenza verso forme più progredite, può rendere più difficile

l'azione di quelle cause. E così sono eccezionali le illusioni e le aberrazioni della coscienza pubblica e sono tanto più eccezionali per la consuetudine, che è, come sappiamo, emanazione spontanea della coscienza sociale.

Sono eccezionali le imitazioni di consuetudini da classi a classi quando vi è contrasto d'interessi, anzi l'istesso contrasto rende difficile l'imitazione che è fatto spontaneo e in genere sottoposto alle leggi di solidarietà sociale. E infine poi anche l'ultima causa ha un'importanza assai minore di quella che da principio parrebbe dovesse avere. Poichè, l'esigenza di adattamento, come induce i rapporti a ripetersi in un dato modo finchè durano certe date condizioni, li induce poi a ripetersi in un modo diverso quando quelle condizioni si spostano. Quando le cause che hanno prodotto una data concentrazione di forze cessano di agire o cominciano ad agire in senso contrario, la concentrazione verrà a poco alla volta condotta a dissolversi. È vero che il cambiamento non potrà essere improvviso, poichè le forze lentamente accumulatesi non potranno disperdersi in un momento; ma d'altra parte neanco i bisogni e le condizioni di adattamento si spostano in un momento e senza un periodo più o meno lungo di preparazione. Per cui la lentezza di trasformazione della consuetudine, se in circostanze straordinarie può produrre gl'inconvenienti indicati, nei casi ordinari più che un male, deve considerarsi come un bene, come il modo naturale ed organico per cui le trasformazioni si operano nel campo della convivenza al pari che in tutti gli organismi e in genere nella vastità del cosmo.

§ 59. — Per ben comprendere poi il carattere costante della ripetizione, bisogna anche bene intenderci sul carattere costante dei rapporti.

Quando parliamo di rapporti costanti e stabili, s'intende che vogliamo parlare di una costanza e stabilità relativa, quali cioè possono verificarsi nelle cose umane, in un organismo così complesso e variabile quale è appunto l'umana convivenza. In essa, accanto ai rapporti mutevoli, vi sono sempre rapporti che presentano una maggiore stabilità e rapporti che presentano

quindi una stabilità massima, ma ciò non toglie che i rapporti più stabili non possano subire modificazioni col volgere del tempo, solo che le loro modificazioni saranno assai più lente; e quando si producono, indicano spostamenti di condizioni assai più radicali nella composizione della convivenza.

Il grado di stabilità dei rapporti si proporziona in genere al grado d'importanza delle condizioni cui essi si riferiscono. Più quelle condizioni sono fondamentali ed essenziali per la conservazione e per lo sviluppo dell'aggregato e più esse tendono a fissare e a riprodurre in modo costante i rapporti che ad esse si riferiscono. Perciò possiamo avere tutta una gradazione di consuetudini, che spontaneamente si proporzionano alla varietà e stabilità dei rapporti, dalle consuetudini che traversano i secoli immutati, come quelle che si riferiscono, ad esempio, ai fondamentali rapporti civili; a quelle che si modificano nel giro di pochi anni, come quelle che si riferiscono alla parte più mobile dei rapporti commerciali o ai rapporti di diritto pubblico.

Ad ogni modo quando le condizioni e i rapporti variano, variano seguendo anche essi un dato ordine e in forza di una generale legge di causalità, secondo cui la convivenza tende a svilupparsi verso una forma di adattamento più completa e più progredita. Gli è perciò che la costanza con cui i rapporti si ripetono bisogna intenderla in connessione col modo con cui si modificano e si trasformano. Così può avvenire che le consuetudini sorgano e si espandano o pure vengano lentamente a sparire per opera della dissuetudine; e ciò senza una soluzione di continuità, nè a scosse e a salti improvvisi, ma per opera di una serie di processi organici, che in vario senso si svolgono, s'intrecciano, si completano reciprocamente e si armonizzano con le condizioni di esistenza e di sviluppo dell'aggregato.

Quando adunque diciamo che la ripetizione è un fatto necessario e obbedisce alla legge di casualità e si adagia sul processo di adattamento dell'aggregato, noi non intendiamo certamente dire che sia un fatto immutabile, la cui costanza non

subisca alcun genere di variazione e di modificazione; ma intendiamo dire che essa si adatta al grado di costanza del rapporto e tende naturalmente a mantenersi in armonia con esso. E solo in questa maniera essa può conservarsi sempre in correlazione con le esigenze di adattamento. Poichè se di fronte ai rapporti e alle condizioni di fatto che mutano, le coordinazioni di atti si conservassero immutate, ripetendosi sempre nel modo come apparvero la prima volta, si produrrebbe un contrasto sempre più accentuato fra le consuetudini e i bisogni di adattamento; onde dovrebbe seguirne, o la dissoluzione degli ordini sociali o la violenta demolizione delle vecchie consuetudini.

Questo qualche volta si verifica nella storia dell'umanità, ma non costituisce il fatto ordinario, come abbiamo già detto, perchè appunto la ripetizione tende a svolgersi secondo le leggi di adattamento. E perciò, quando le condizioni mutano, la ripetizione muta anche essa e invece di verificarsi in quel primo senso, si verifica in un senso del tutto diverso. E allora la consuetudine viene attaccata dalla dissuetudine o si risolve in una consuetudine diversa.

§ 60. — Prodotta adunque dalle condizioni di adattamento, la consuetudine dura finchè quelle condizioni continuano a sussistere; essa sparisce quando quelle condizioni si trasformano. E può perdere la sua forza obbligatoria, sia perchè abrogata dalla legge, sia perchè attaccata dalla dissuetudine.

L'abrogazione per opera della legge qui non ci riguarda, poichè la legge in questo caso, opera di fronte alla consuetudine, come opera di fronte a tutti gli altri rapporti, a cui nega o conferisce carattere giuridico.

La dissuetudine è invece l'effetto di un processo di ripetizione che si svolge in senso contrario a quello, in forza del quale la consuetudine si è costituita. Quando la ripetizione a poco a poco cessa di prodursi o quando l'atto comincia a ripetersi in modo diverso da quello con cui si era sempre ripetuto; allora la linea di minima resistenza creatasi in forza della ripetizione, a poco a poco si smarrisce, le forze concentrate in

quel dato punto si disperdono o vanno a concentrarsi in un punto diverso, e così la predilezione e l'autorità generatasi per opera di esse, si vanno mano mano indebolendo e finiscono per non lasciare più traccia.

Modificandosi per tal modo il processo, si modifica anche la presunzione che esso aveva generato, secondo cui quella data coordinazione di atti si considerava come la manifestazione di un comando, come conseguenza di una norma di diritto positivo; cioè a dire, l'*opinio juris* abbandona quella coordinazione di atti come l'hanno abbandonata tutte le altre forze, che le davano vita. Quella forma di coordinazione cessa nel medesimo tempo di essere un'abitudine e una consuetudine, rimane una forma vuota, un ricordo vago, quando pure non si perda completamente la coscienza di esso.

E questo costituisce la riprova che l'*opinio juris* è connessa con l'abitudine ed è una conseguenza della ripetizione. Scomparsa l'abitudine, cessato di verificarsi il fatto della ripetizione sparisce anche l'*opinio juris;* ma essa non può scomparire se altri fatti in senso contrario o diverso non si sono manifestati, dai quali si possa desumere che la vecchia coordinazione di atti non si debba oramai più considerare come l'indizio di un comando della collettività.

Pertanto, se è vero che il cessare della ripetizione e quindi dell'abitudine produca l'indebolimento e la scomparsa dell'*opinio juris,* non è poi sempre vera la reciproca, che cioè la scomparsa dell'*opinio* debba riguardarsi come indizio della scomparsa dell'abitudine corrispondente. E ciò perchè non ogni abitudine è in pari tempo consuetudine giuridica, quindi non tutte le forme di coordinazione di atti possono dare origine ad una *opinio juris,* possono cioè riguardarsi come imposte dalla volontà collettiva. Certo l'*opinio* non può darsi senza la ripetizione, ma da ciò non segue che ogni ripetizione debba dar luogo ad un'*opinio juris.*

Onde può accadere che una coordinazione di atti cessi in un dato momento di essere consuetudine giuridica, pur continuando a rimanere abitudine sociale; il che significa che l'*opinio juris*

si è da essa ritirata, ma non si sono da essa ritirate le altre forze, che determinano quel dato modo di agire.

Anche rispetto a questo altro fatto la trasformazione non si produce improvvisa, ma è l'effetto di una ripetizione che si opera nelle coscienze, nel modo di pensare e di sentire delle persone aggregate, per cui a poco a poco quella coordinazione cessa di apparire come l'effetto di un comando, come un obbligo giuridico e rimane semplicemente come un obbligo sociale, abbandonato, fino a un certo punto, all'arbitrio di coloro che devono adempierlo.

CAPITOLO VIII.

Differenza fra l'abitudine e la consuetudine.

§ 61. — L'osservazione con cui abbiamo chiuso il precedente capitolo c'induce ad esaminare la differenza che intercede tra ciò che abbiamo chiamato con generica espressione abitudine sociale e con cui intendiamo tutte le coordinazioni di atti prodotti dalla ripetizione e non giuridicamente obbligatorie (pratiche, usi, costumi, abitudini ecc.) e la consuetudine giuridica propriamente detta. Distinzione questa molto importante, poichè, mentre serve a farci meglio comprendere il carattere obbligatorio della consuetudine e le forze che lo determinano, serve anche a farci meglio apprezzare il giuoco di quelle forze e le cause prime, da cui esse prendono origine.

L'abitudine sociale e la consuetudine giuridica hanno il medesimo fondamento di fatto, anzi non sono, come abbiamo detto, che la specie di fronte al genere. Tanto l'una che l'altra sono determinate da un processo più o meno lungo di ripetizione; tanto l'una che l'altra devono la loro forza morale a una linea di minima resistenza che si stabilisce nella coscienza pubblica, a un sentimento di predilezione e di autorità, che da essa deriva; tanto l'una che l'altra suppongono una concentrazione di forze sociali in un dato punto a favore di una data coordinazione di atti; tanto l'una che l'altra durano finchè dura questa

concentrazione; tanto l'una che l'altra adempiono nella economia della convivenza un cômpito molto importante, quello cioè di fissare per un dato tempo certe forme di azione e permettere che si compiano quasi automaticamente senza bisogno che la volontà sociale intervenga ad ogni momento con tutta la sua forza per regolarle, rendendo così possibile la resistenza e il contemporaneo svolgimento di una quantità infinita di coordinazioni di atti; finalmente, tanto l'una che l'altra, danno origine a norme, che la convivenza impone spontaneamente e quasi tacitamente a sè stessa, che non vengono imposte da uno speciale potere politico o sociale, ma scaturiscono direttamente dalla coscienza collettiva.

Essendo così grande la somiglianza, anzi l'identità fra i due processi e fra le forme di coordinazione, che da essi vengono fuori, sorge naturalmente la domanda; quali ne sono allora i lati differenziali? In che cosa la consuetudine giuridica differisce dall'abitudine in genere?

Una tale distinzione non è cosa poco importante, essa implica (sebbene da un punto di vista speciale) la distinzione fra la norma giuridica e le altre categorie di regole e di norme, onde sono diretti i rapporti umani. Perciò questa distinzione esiste effettivamente ed è anzi assai marcata, certo assai più di quello che possa apparire sulle prime.

Essa va ricercata da un doppio punto di vista, e cioè, dal punto di vista della forma e da quello del contenuto, quantunque allorchè si tratta della consuetudine, il lato formale e il lato materiale del diritto non appariscano in modo così chiaro e distinto come rispetto alla legge.

§ 62 — Dal punto di vista formale ciò che distingue la consuetudine dall'abitudine è appunto l'esistenza dell'*opinio juris* nel primo caso, il convincimento cioè che una data coordinazione di atti sia giuridicamente obbligatoria

Se con la costante ripetizione questo convincimento non nasce, la coordinazione di atti diventa una semplice abitudine sociale, se questo convincimento nasce, essa si trasforma in consuetudine giuridica. O, ciò che vale lo stesso, se quella co-

ordinazione di atti divenuta abituale apparisce come giuridicamente obbligatoria, perchè si presume imposta dalla volontà collettiva quale norma di diritto positivo, allora essa è una consuetudine giuridica; se invece non si considera come giuridicamente obbligatoria, perchè non imposta dalla volontà collettiva, allora rimane una semplice abitudine sociale.

Per esempio, in un gruppo sociale si determina a poco a poco l'uso di riunirsi annualmente in un banchetto comune per celebrare o commemorare qualche avvenimento importante, e se quest' uso si fonda semplicemente sulla spontanea accettazione di tutti, l'uso rimane una semplice abitudine sociale. Ma se invece sorge a poco a poco l' idea e si genera la convinzione che quel banchetto si debba tenere in forza di un comando, sia dello stesso gruppo, sia della maggiore collettività cui il gruppo appartiene, di guisa che viene considerato, non solo come manchevole di riguardo, ma addirittura come colpevole (cioè ribelle a quel comando) colui che si astiene d' intervenire; allora quell'uso diventa una consuetudine giuridica.

Così, in un altro ordine di rapporti, se, col processo della ripetizione, si stabilisce a poco a poco l'uso che la merce spedita da un commerciante a un suo committente debba viaggiare a rischio dello stesso committente e questo uso viene seguìto per la tacita o espressa accettazione delle parti, essa costituisce una semplice abitudine sociale (commerciale); se invece poi questo uso viene seguìto perchè si considera come obbligatorio, come cioè imposto da una superiore autorità politica o in genere dalla volontà collettiva, per cui non si ritiene lecito, ad esempio, che il committente possa chiamare il commerciante responsabile per la merce smarrita o deteriorata durante il viaggio, adducendo di non avere espressamente accettata quella condizione; l'uso diventa in tal caso una consuetudine giuridica.

La distinzione sembra adunque sulle prime abbastanza chiara, per cui vi è nell'abitudine un fatto spontaneo, nella consuetudine invece qualcosa d' imposto. Ciò non toglie peraltro che la consuetudine non possa essere un fatto spontaneo e spontaneamente accettato fin da principio, quando essa si costituisce,

chè anzi in origine essa sarà sempre tale; ma, una volta costituita essa non può essere un fatto spontaneo per tutti coloro che devono osservarla; mentre l'abitudine rimane un fatto spontaneo sempre, dall'origine alla fine.

E ciò si comprende: l'abitudine appartiene a quella sfera di attività autonoma nella vita di ciascuno individuo, a quella sfera in cui egli si svolge liberamente secondo gl'impulsi della propria coscienza e quindi della propria volontà; la consuetudine invece appartiene a quell'altra sfera, in cui gli atti vengono determinati ed imposti da una volontà esteriore e superiore, non più secondo i criterii di ciascuno, ma secondo certi comuni criterii accettati dalla collettività come necessari e indiscutibili.

Ma, per quanto questi criterii di distinzione, guardati così all'ingrosso, sembrino sulle prime abbastanza chiari, essi non appariscono più tali quando l'analisi viene portata un poco più addentro e i fatti vengono esaminati un poco più da vicino. Allora ciò che appariva come pienamente libero e lasciato alla spontanea accettazione e all'autonoma attività degl'individui, apparisce invece come imposto, come voluto anch'esso dall'aggregato in cui gl'individui vivono; per cui essi sono costretti ad accettarlo se vogliono godere tutti i vantaggi della convivenza.

Così, per ritornare agli esempi citati, può non esistere un vero obbligo giuridico d'intervenire a quel dato banchetto, ma i mali che piovono addosso all'individuo che non interviene possono essere tali (sotto forma, ad esempio, di disprezzo pubblico, disonore, disistima, isolamento ecc.) da rendere quell'intervento obbligatorio nel fatto, se non di diritto. Anzi i mali che derivano dalla violazione di una consuetudine giuridica possono essere assai meno gravi dei mali che derivano dalla non osservanza di un'abitudine sociale. Ciò apparisce chiaramente se si paragona la piccola ammenda che in certi casi impone il diritto col disonore e la vergogna con cui la società può coprire il colpevole. Si veda, ad esempio, il diverso trattamento che fanno la società e il diritto all'ingiuria, al duello, all'adulterio. La piccola sanzione con cui la legge colpisce la donna adultera

non può menomamente paragonarsi con quella da cui essa viene colpita dalla società. Ma il contrasto diventa più evidente allorchè la legge vieta ciò che viene al contrario permesso od imposto da un'abitudine sociale. È appunto il caso del duello nei paesi del Continente.

Quivi persiste generalmente nella coscienza pubblica la convinzione che chi in certi dati casi non si batte in duello si deve riguardare come vile e disonorato. Dato questo generale modo di vedere, le sanzioni comminate dalle leggi e che si riducono a pochi mesi di carcere o a multe insignificanti, costituiscono mali assai minori di quelli inflitti dalla società. Da ciò, per conseguenza, la inefficacia delle leggi di questo genere.

Dopo ciò si comprende che l'atto spontaneo che sta a base dell'abitudine sociale, non solo può acquistare anche esso il carattere di atto imposto, quale apparisce nella consuetudine giuridica, ma può acquistare questo carattere anche in proporzioni maggiori.

§ 63. — Ammesso ciò, il criterio di distinzione innanzi posto, verrebbe a sparire completamente.

Questo è vero fino a un certo punto, ma non è vero del tutto, e la distinzione fra le due forme di coordinazione può continuare a sussistere allorchè si pensa che essa non si fonda propriamente sul grado d'intensità della sanzione, ma sul carattere che essa acquista nei due diversi casi.

La distinzione può parere sottile, ma non è tale nel fatto ed è in piena corrispondenza con la realtà del fenomeno. Quantunque infatti la non osservanza dell'abitudine sociale possa produrre conseguenze identiche o anche più gravi che la violazione della consuetudine giuridica, e quantunque perciò le due forme di coordinazione di atti possano apparire come egualmente imposte all'individuo, il quale si sente per tal guisa costretto ad agire in quel dato modo; pure, nel secondo caso l'obbligo apparisce come una conseguenza immediata e diretta della volontà collettiva; mentre nel primo caso ne diventa una conseguenza diretta e mediata. E inoltre, mentre nel secondo caso la sanzione accompagna sempre o tende sempre ad accompa-

gnare la violazione della norma, nel primo caso essa non accompagna sempre la non osservanza dell'uso.

Esaminiamo un po' attentamente queste due distinzioni.

Nella consuetudine, abbiamo detto, l'obbligo apparisce come una conseguenza immediata e diretta della volontà collettiva; infatti, la consuetudine, o meglio la norma che da essa deriva, si presenta come l'emanazione di un ordine diretto della coscienza sociale conforme al diritto quale viene percepito e praticato; di modo che violare la consuetudine significa violare quell'ordine, agire contro il diritto. Questa emanazione della coscienza collettiva è un'emanazione immediata, di cui la consuetudine è propriamente l'indizio, il segno materiale, ma il segno certo, per cui una volta accertata l'esistenza della consuetudine, non si può mettere in dubbio che essa riveli direttamente il comando della volontà collettiva.

Questo non avviene invece nell'abitudine sociale: essa non apparisce quale la conseguenza di un comando diretto, di un ordine imposto, ma solo come la conseguenza di un modo di fare comunemente accettato, a cui è savio uniformarsi per evitare gl'inconvenienti e i mali, che può attirarsi colui che non vi si conforma. In questi modi comuni di fare può celarsi un comando collettivo, ma esso non apparisce direttamente come tale, onde la non osservanza di essi non costituisce una violazione di diritto, ma semplicemente un' offesa ai sentimenti, alle opinioni predominanti.

Da ciò l'altra differenza: la sanzione tende ad accompagnare sempre la violazione della consuetudine, non solo, ma tende anche a proporzionarsi alla violazione commessa, poichè essa è sempre violazione di un ordine abbastanza formale e assume un grado di gravità proporzionato al modo come la violazione si è prodotta, invece non sempre la sanzione accompagna la non osservanza dell'uso, poichè in essa non si vede la diretta violazione di un comando formale; e inoltre, appunto perchè il comando non apparisce apertamente, non è facile che venga a determinarsi con precisione il grado di gravità e che quindi la sanzione si proporzioni con essa. La mancanza di

questa proporzione fa sì che la medesima non osservanza di un uso possa portare, secondo i casi, i più piccoli inconvenienti o le conseguenze più dannose.

Così, ad esempio, se il locatore di un immobile non ha intimata la licenza al conduttore, cui l'immobile era stato locato, nel termine stabilito dalla consuetudine, il locatore rimane obbligato in forza della tacita riconduzione per un termine eguale a quello decorso, o a quello pattuito, secondo i casi; e se il conduttore non consegna l'immobile in quelle condizioni richieste dalla consuetudine, può venire costretto a rimettere l'immobile in quelle condizioni o a risarcire il danno che, con la violazione della consuetudine ha arrecato al locatore. Abbiamo insomma sanzioni che si manifestano sempre nel modo medesimo e che tendono sempre a proporzionarsi alla violazione avvenuta.

Se invece una persona si reca a una festa da ballo con un paio di calzoni chiari, egli viola certamente un uso sociale che ha un carattere obbligatorio come potrebbe averlo una consuetudine e che viene magari più rigorosamente osservato dalla consuetudine stessa, ma la sanzione non accompagna sempre la non osservanza, nè l'accompagna sempre nel modo medesimo.

Così, le conseguenze di quell'atto possono variare indefinitamente, secondo gli umori della riunione, in cui il fatto si verifica, come anche secondo l'autorità o la simpatia, di cui gode la persona che lo compie, lo spirito che egli possiede, il modo come sa presentare la cosa, e via discorrendo; tanto che il medesimo atto può produrre l'esclusione perpetua della persona colpevole da quelle riunioni, come può produrre un semplice successo d'ilarità e magari venir considerato come un atto di spirito, se pure non costituisce addirittura l'inizio di una nuova moda, quindi di un nuovo uso.

Abbiamo scelto due esempi di natura così opposta, poichè ci sembra che essi rappresentino, appunto nel loro contrasto, assai chiaramente i caratteri tipici di ciascuna delle due diverse forme di coordinazione. Onde da essi è facile vedere assai bene che i criterii cui abbiamo accennato permettono abbastanza di

percepire le differenze che intercedono fra le due forme di coordinazione di atti, malgrado la quantità molteplice dei lati comuni.

Perchè poi non nascano equivoci, i quali potrebbero generare confusione, è bene tener conto di due fatti, il fatto cioè dei frequenti passaggi che si producono dall'uno all'altro tipo di coordinazione; e il fatto del carattere misto che esse assumono in alcuni stadii dell'evoluzione del diritto.

Cominciando da quest'ultimo, sappiamo che in uno stadio poco progredito del diritto, quando il processo di differenziazione non ha ancora avuto campo di svolgersi, l'abitudine assume un carattere misto e confuso e si presenta in pari tempo con i caratteri della consuetudine giuridica. In tali casi la distinzione non è possibile; e non è possibile, non per la cosa in sè, ma per il modo come essa viene considerata, o meglio, perchè nella pratica essa non è ancora stata distinta. Quando si tratta, ad esempio, degli usi funebri o degli usi nuziali dei popoli primitivi, non è possibile distinguere con precisione se ci troviamo di fronte a semplici abitudini sociali o a vere e proprie consuetudini giuridiche, e ciò perchè la consuetudine giuridica non è ancora uscita dal seno dell'abitudine sociale e non si è ancora delineata quale forma di coordinazione distinta.

Quanto poi al fenomeno del passaggio notiamo che esso può essere abbastanza frequente, specie nei periodi di profonde trasformazioni nelle condizioni di vita di una convivenza e nei paesi in cui il diritto viene in tutto o prevalentemente determinato dalla consuetudine. Allora, secondo che si spostano e si modificano i bisogni e le condizioni di adattamento, le abitudini possono trasformarsi in consuetudini o queste possono ridursi a semplici abitudini.

Ora, si capisce che durante il processo per cui la trasformazione si opera, i caratteri distintivi delle due categorie di atti si confondono più o meno e rendono la distinzione difficile o impossibile. Del resto, se ciò non accadesse, quel passaggio non potrebbe aver luogo. Così, l'uso commerciale innanzi citato, secondo cui la merce viaggia a carico e a rischio del commit-

tente, può trasformarsi in consuetudine, seguendo tutta una serie di passaggi: da prima, perchè l'uso abbia forza giuridica per le parti, occorrerà un patto espresso; poi basterà un patto tacito, che si possa desumere dalla stessa ordinazione della merce al commerciante, che abbia manifestato in proposito le sue condizioni; poi la semplice ipotesi che queste condizioni esistono; poi dalla convinzione che, nel silenzio delle parti, si debbano presumere; poi, finalmente, dalla convinzione che quel modo di agire sia conforme al diritto e non dipenda più dalla semplice volontà del commerciante o del committente, per cui l'accettazione da parte di questi non ha più bisogno di essere in alcun modo provata.

Allora la consuetudine si è definitivamente costituita; ma è evidente che, nelle prime tappe sopra tutto le linee distintive diventano sempre più incerte e si confondono per guisa da rendere difficile una chiara distinzione. Del resto questo è un fenomeno che si verifica dovunque durante i processi di trasformazione da una forma ad un'altra di organizzazione dei rapporti sociali; come in genere da uno ad un altro organismo; solo quando il processo si è compiuto la distinzione fra le due forme acquista caratteri chiari e precisi.

§ 64. — La distinzione che abbiamo finora cercato di stabilire fra l'abitudine e la consuetudine fa a meno del concetto di stato. Noi abbiamo cioè cercato di determinare i caratteri distintivi delle due forme di coordinazione senza ricorrere a quel concetto e perciò senza tener conto dell'esistenza dell'organismo politico; e ciò, sia per meglio comprendere la cosa in sè stessa, sia per cogliere i caratteri generici di detta distinzione e abbracciare, tanto le consuetudini che sorgono quando lo stato non è ancora costituito, quanto quelle che sorgono fuori di esso; tanto quelle di fronte alle quali lo stato può dispiegare tutta la sua coazione giuridica, quanto quelle rispetto alle quali esso non ha alcuna o ha soltanto una parziale influenza.

Ma è certo che la distinzione non sarà mai tanto chiara, precisa e marcata come quando si fa ricorso a quel concetto per stabilirla. Ciò perchè il diritto positivo è intimamente con-

nesso con l'esistenza dello stato; e, sebbene si possa avere il diritto positivo senza lo stato o con uno stato embrionale e imperfetto, che non abbia ancora avocato a sè tutta la funzione giuridica, pure quel diritto non raggiunge una certa perfezione e non assume tutti i suoi caratteri distintivi, se non quando lo stato si è costituito come organizzazione giuridica, indipendente da tutte le altre forme di organizzazione sociale. Solo allora la distinzione fra consuetudine e abitudine può essere posta con la massima precisione e chiarezza.

Allora infatti l'elemento formale della consuetudine apparisce in tutta la sua evidenza e si può contrapporre con l'elemento non formale dell'abitudine, dicendo che la norma proveniente dalla consuetudine è eventualmente riconosciuta e fatta valere dallo stato, mentre lo stato non riconosce e non fa valere l'abitudine sociale; il che significa che lo stato rende obbligatoria la consuetudine mettendo la sua forza a disposizione di essa, ma non rende obbligatoria l'abitudine..

Abbiamo poi detto con intenzione che lo stato *eventualmente* riconosce la consuetudine, per intendere che questa non esiste in forza di tale riconoscimento e può esistere e venire rispettata indipendentemente da esso; ma che in pari tempo questo riconoscimento deve aver luogo sempre allorchè la consuetudine non viene rispettata spontaneamente e si tratta di farla osservare. Quindi il riconoscimento da parte dello stato si deve sempre presumere, o per parlare più esattamente, allorchè questo riconoscimento non è stato accordato in modo esplicito o implicito, si deve presumere che verrà accordato sempre che occorre.

Ma che cosa è che determina questa presunzione? Essa viene determinata appunto dall'*opinio juris;* onde ritorniamo al punto, da cui eravamo partiti. Infatti l'*opinio* implica la convinzione che quella data consuetudine sia conforme al diritto positivo, cioè a quel diritto che lo stato (allorchè esiste o può far valere la sua autorità di fronte a quei rapporti) riconosce e rende obbligatorio. Di modo che quando noi poniamo l'*opinio juris* come il carattere distintivo della consuetudine, noi colpiamo il vero punto essenziale della distinzione stessa.

§ 65. — Il riconoscimento dello stato poi, tacito, espresso o presunto, e l'*opinio juris* su cui si fonda o da cui viene suggerito, esercitano la loro influenza, non solo di fronte ai rapporti che cadono sotto l'azione dello stato come tutto, ma anche di fronte a quelli sui quali quest'azione non può esercitarsi che solo in parte.

Così, nei rapporti fra i pubblici poteri di un medesimo stato possono sorgere semplici abitudini politiche (peculiare categoria di consuetudini sociali) come possono sorgere consuetudini giuridiche o costituzionali (peculiare categoria di consuetudini giuridiche); e la distinzione fra di esse viene determinata sempre dall'esistenza di un'*opinio juris* nel secondo caso, quindi dalla presunzione che i poteri pubblici sarebbero disposti ad usare tutta la forza politica di cui dispongono per rendere, occorrendo, effettivamente obbligatorie le norme che provengono dalla seconda categoria.

Infatti, il *voto di fiducia,* ad esempio, non costituisce una vera consuetudine costituzionale e non si differenzia, come tale, da una semplice abitudine politica se non quando sorge la convinzione che esso sia conforme al diritto pubblico positivo e che la Camera popolare sia disposta ad usare tutta la sua forza di resistenza contro il Gabinetto, sia per avere un Gabinetto che goda la sua fiducia, sia per costringere a dimettersi il Gabinetto che non la merita.

Così ancora, la consuetudine giuridica può sorgere, non solo fra i commercianti di un medesimo stato, ma anche fra i commercianti di diversi stati; anzi nei rapporti commerciali la consuetudine acquista una grande potenza espansiva, essendo appunto estremamente espansivi i rapporti fra i quali si sviluppa. Il commercio è una cosa mondiale e per conseguenza anche la consuetudine deve diventare una cosa mondiale per adattarsi all'indole di esso. Ma pur essendo una cosa mondiale, la consuetudine non può sottrarsi neppure qui alle condizioni che ne determinano il carattere giuridico.

Infatti, neanco la consuetudine commerciale può dirsi pienamente costituita e differenziata dal semplice uso, se non

quando è sorta un'*opinio juris* che la fa considerare come facente parte del diritto positivo dei varî paesi in cui si estende e quindi se non è sorta la presunzione che i varî stati di questi paesi siano eventualmente disposti a riconoscerla e a farla valere. Almeno la consuetudine non può dirsi perfetta di fronte a quegli stati rispetto ai quali la presunzione non può sorgere.

Abbiamo poi la consuetudine del diritto internazionale e anche in questo campo il carattere distintivo è costituito dall'*opinio juris;* soltanto che il concetto di *opinio* qui varia, come varia l'ambiente in cui sorge; cioè a dire, essa significa in questo caso la convinzione che la coordinazione di atti sia conforme al diritto accettato dagli stati. Onde implica anche essa la presunzione di un riconoscimento da parte dell'organismo politico di fronte al quale diventa obbligatoria. Ma i caratteri distintivi non sono poi così chiari come nel campo del diritto interno, appunto perchè quivi si tratta di un diritto in formazione, che non ha ancora assunto la forza di un diritto imposto da un comune superiore politico, ma rimane semplicemente un diritto accettato dagli stati, cioè dalle stesse persone giuridiche, le quali devono osservarlo.

In tale condizione di cose non si può presentare così recisa la differenza fra l'uso internazionale e la consuetudine propriamente detta. Questa differenza allora si presenta più sotto il primo degli aspetti da noi esaminati, cioè senza tener conto dell'esistenza dello stato, anzi che sotto il secondo, tenendo cioè conto dell'esistenza di questo. La difficoltà peraltro di ottenere una distinzione precisa in questo campo apparisce del resto chiaramente quando si pensa a quelle categorie di norme che hanno un carattere misto, in quanto sono delle regole di convenienza che assumono aspetto giuridico: vogliamo accennare alla *comitas gentium.* Essa è solo possibile nei rapporti di diritto internazionale, che non possono venir precisati da un superiore politico o dalla presunzione del suo riconoscimento.

§ 66. — Quantunque poi la consuetudine acquisti per opera indiretta dello stato lineamenti più precisi, che le permettano di differenziarsi più nettamente dall'abitudine, non bisogna cre-

dere per questo che la consuetudine venga rispettata soltanto per la forza che lo stato mette o può eventualmente mettere a sua disposizione.

Specie del genere abitudine, essa attinge principalmente a quella le forze che la fanno rispettare, e sono appunto forze d'indole morale, che si svolgono nella coscienza e agiscono nell'interno di essa. Le tendenze, le predilezioni nelle associazioni d'idee e di sentimenti, le linee di minima resistenza che esse generano in seno della coscienza e da cui reciprocamente sono alla loro volta generate o rinforzate, l'autorità che per tal guisa acquista un dato modo di agire, sono forze più che sufficienti a far rispettare la consuetudine nei casi ordinari della vita.

Ma a queste forze si aggiungono poi gl'impulsi che derivano dagli stessi bisogni, dagl'interessi, dalle aspirazioni, che hanno dato la prima spinta alla formazione dell'abitudine-consuetudine e ne rendono utile o necessaria l'osservanza. La consuetudine, in altri termini, viene obbedita per forza propria e non per forza presa ad imprestito, e ciò conferisce alle norme da essa provenienti un carattere di spontaneità, che difficilmente può riscontrarsi nelle norme provenienti dalla legge. Della legge si può dire infatti che essa attinge la maggior parte della sua forza all'autorità e all'azione dello stato, ed opera, come abbiamo detto, dall'esterno all'interno; mentre la consuetudine, per l'opposto, agisce dall'interno all'esterno. Non vogliamo con ciò dire che anche la legge non possa essere obbedita in forza di un'intima persuasione e quindi di un convincimento giuridico generale, che agisca nell'interno delle coscienze, prima che dall'esterno possa agire la forza coercitiva dello stato e quindi la paura della sanzione.

Questo convincimento pertanto non è mai così generale e così spontaneo come quello che si produce nella consuetudine, perchè la legge suppone sempre l'intromissione di un organo fra la coscienza popolare e la norma, mentre la consuetudine fa scaturire la norma direttamente dalla coscienza popolare. Ciò

è stato già osservato infinite volte e non occorre che più vi s'insista.

Quello invece che non è stato abbastanza notato è che la consuetudine risulta da tutto un processo di adattamento e quindi può utilizzare tutte le forze morali, onde questo processo venne determinato; mentre la legge inizia per lo più essa stessa un processo nuovo di adattamento e deve fare principalmente appello alle forze coercitive dello stato anzi che a quelle spontanee della convivenza per essere da tutti obbedita. La consuetudine si è infatti venuta determinando a misura che le necessità della convivenza hanno spinto gl'individui e i gruppi associati ad agire in quel dato modo e quindi a misura che gli atti si sono ripetuti e, ripetendosi, hanno dato origine ai fenomeni che abbiamo esaminato. La legge è invece l'opera di una categoria di persone che, cercando d'interpretare la coscienza giuridica della convivenza, vogliono produrre in breve tempo un nuovo ordinamento giuridico in un gruppo più o meno esteso di rapporti. Esse debbono così far sorgere in modo quasi improvviso un'abitudine nuova, e per raggiungere un tale scopo devono, non solo vincere l'opposizione che proviene dagl'interessi contrari, ma anche le abitudini inveterate, che si svolgono in contrario senso e resistono alle nuove coordinazioni di atti.

A questo bisogna poi aggiungere che quelle persone che formulano la legge non sempre interpretano rettamente e spassionatamente le aspirazioni della coscienza sociale e non sempre sono in grado di apprezzare secondo il loro giusto valore le condizioni di adattamento e di proporzionare il diritto alle esigenze di esse.

Per tutte queste cause la legge non può fare appello per essere obbedita alla spontanea azione delle forze sociali e non può ricevere da esse tutto quello spontaneo concorso che ne riceve la consuetudine. E ciò determina la differenza caratteristica fra la forza obbligatoria della consuetudine e quella della legge, perchè la prima è prevalentemente sociale, la seconda è prevalentemente politica (o per meglio dire *statale*).

§ 67. — E veniamo alla differenza tra l'abitudine e la

consuetudine giuridica considerate dal punto di vista del loro contenuto.

Sotto questo secondo aspetto la differenza è forse meno sensibile che sotto il primo, perchè quando noi ci domandiamo quali sono le coordinazioni di atti che rimangono semplici abitudini sociali e quali quelle che diventano consuetudini giuridiche? La prima risposta che possiamo dare è appunto questa: le prime sono quelle che si riferiscono ai fatti e ai rapporti *meno* importanti; le seconde sono quelle che si riferiscono ai fatti e ai rapporti *più* importanti, per la conservazione e i fini della convivenza. Cioè a dire i rapporti che si riferiscono alle condizioni fondamentali della convivenza in genere, o a *quella data* convivenza in ispecie, e senza le quali non sarebbe possibile la vita in comune o non sarebbe possibile *quella data* forma di vita in comune e gl'individui quindi non potrebbero raggiungere gli scopi per i quali hanno bisogno della convivenza, costituiscono o tendono a costituire consuetudini giuridiche; tutti gli altri rapporti possono costituire semplici abitudini sociali.

Ma, quando avremo distinto i rapporti in più importanti e meno importanti per la conservazione e lo sviluppo della convivenza, non avremo ancor detto nulla, poichè occorrerà di trovare i criterii secondo cui questa divisione ha luogo e deve aver luogo.

In genere si può dire che in ogni convivenza e in ogni stadio del suo sviluppo alcuni fatti e alcuni rapporti vengono riguardati come più importanti o addirittura essenziali per l'aggregato, tanto da venir resi obbligatori per opera dello stato o con tutte le forze della convivenza stessa; altri rapporti vengono considerati come poco importanti e non addirittura essenziali per l'aggregato, tanto da potersi abbandonare all'azione spontanea degl'individui e dei gruppi. Fra questi estremi vi è tutta una categoria intermedia di fatti e di rapporti considerati come abbastanza importanti, sebbene non tanto, quanto i primi, nè tanto poco, quanto i secondi. Ora, si capisce che i primi daranno luogo a consuetudini sociali, i secondi daranno luogo a consuetudini giuridiche, mentre i terzi rappresentano la massa

delle condizioni oscillanti, che, secondo le circostanze, passano dall'abitudine alla consuetudine e viceversa.

Ma, i criterii, secondo i quali questa distinzione si opera si spostano a misura che si spostano i coefficienti che li determinano, i quali sono, le esigenze effettive dell'aggregato e il modo come esse vengono percepite dalla coscienza sociale.

Per quanto il diritto possa in questo o in quel momento, in una o in altra parte diversificare dalle esigenze della vita, è indubitato che esso deve tender sempre ad adattarsi con esse, Se nel diritto non esistesse una tale tendenza, esso non risponderebbe al suo còmpito, anzi risponderebbe a un còmpito contrario. E siccome poi ogni società vitale tende a produrre tutte le condizioni necessarie alla sua esistenza e al suo sviluppo, essa deve anche tendere a produrre un diritto in armonia con le sue esigenze, poichè il diritto, così inteso, costituisce appunto una di queste condizioni necessarie, anzi la fondamentale. Per cui una società non capace di produrre un diritto in armonia con le sue fondamentali esigenze, è una società non vitale, destinata quindi a dissolversi o a venire assorbita da altre società a tal riguardo meglio dotate. E ciò che si dice per il diritto in genere, va naturalmente anche applicato alla consuetudine giuridica in ispecie.

Le effettive esigenze della vita rappresentano dunque una parte sempre importante, se non sempre prevalente in quella distinzione di fatti e di rapporti, che abbiamo indicato come base della distinzione fra la consuetudine e l'abitudine dal punto di vista del contenuto. Ma le esigenze della vita in comune non sono sempre identiche, siccome abbiamo già avuto occasione di notare, e per quanto vi possano essere condizioni che traversano i secoli quasi immutate e condizioni addirittura connesse con la natura umana e sociale in genere, che non possono perciò mutare senza che questa muti; pure, accanto ad esse vi sono condizioni che mutano col grado di sviluppo e col modo di essere proprio di ciascuna convivenza.

Deriva da ciò che, ammesso pure che la decisione suddetta potesse in tutto basarsi sulle effettive condizioni di fatto,

essa non potrebbe essere identica in tutte le società umane e in tutti i periodi del loro sviluppo. Ma essa non si può in tutto basare sulle effettive condizioni di fatto, perchè tali condizioni, per potere essere raccolte e divise in categorie giuridiche, devono passare per la coscienza sociale, devono cioè essere percepite dalla coscienza della collettività e da essa analizzate e distinte; e la coscienza sociale non sempre le percepisce per quello che sono in tutti i loro caratteri effettivi e quindi non sempre assegna loro il grado d'importanza che meritano.

Il grado di sviluppo della coscienza pubblica, le passioni, gli errori, i pregiudizi, gl'interessi antagonistici di persone e di gruppo, sono tutte cause che, in un senso e nell'altro, possono falsare la concezione della realtà, influendo a far comprendere ed apprezzare diversamente le esigenze effettive della vita sociale. Esse, ora inducono a dare importanza eccessiva a quelle che ne hanno una minima o non ne hanno alcuna per la conservazione e lo sviluppo della convivenza; ora invece a concedere importanza minima a quelle, che ne avrebbero una massima; ora a considerare come esigenze fondamentali della convivenza certi bisogni accessori, ora a vedere in certi bisogni accessori delle condizioni fondamentali; e per conseguenza, ora a riguardare come coattive certe coordinazioni di atti, che andrebbero meglio lasciate all'azione spontanea degl'individui e ora come spontanee, certe altre che andrebbero invece rese effettivamente obbligatorie.

In forza adunque di questi due coefficienti e della varia maniera come essi agiscono, il criterio della maggiore o minore importanza dei fatti e dei rapporti varia e si sposta nelle diverse convivenze e conseguentemente varia e si sposta il fondamento della distinzione fra la consuetudine e l'abitudine dal punto di vista del loro contenuto. Così, in una società ancor rozza, in cui gli animi si lasciano trascinare più facilmente dall'apparenza delle cose che dalla loro realtà, in cui gli uomini sono dominati più dai sentimenti che dalle idee, e in cui, per trascinare le coscienze, occorrono le forti impressioni e i fatti che parlino più alla fantasia che al ragionamento, il formalismo,

il cerimoniale, l'etichetta assumono un grande sviluppo e assorgono a un'importanza di prim'ordine tutti i fatti che vi si riferiscono. Le coordinazioni di questi fatti vestiranno allora a preferenza la forma di consuetudine giuridica anzi più che quella di abitudine sociale: il diritto si riempie di formule e di cerimoniali complicati.

Invece, in una società molto progredita, in cui generalmente le idee prendono o tendono a prendere il sopravvento sui sentimenti e le istituzioni devono quindi fare più appello alla ragione che alla fantasia e nella vita giuridica si sente bisogno di rapporti più semplici e più rapidi, il cerimoniale e il formalismo perdono tutta la loro importanza e cessando di costituire oggetto di consuetudini, rimangono oggetto di abitudini sociali.

Comunque sia peraltro, in forza della stessa legge di conservazione dovrà manifestarsi più o meno sempre la tendenza in ogni società umana, in forza della quale i rapporti più essenziali e più direttamente connessi alle esigenze di adattamento sono spinti ad assumere veste giuridica per mezzo della consuetudine o della legge. Ove questa tendenza non opera e non opera con una certa intensità, la convivenza non tarderà a dissolversi. Per cui il criterio indicato, se può riuscire incerto in casi speciali, deve, nelle linee generali, riguardarsi come un criterio sicuro.

§ 68. — Ma, non è soltanto il grado d'importanza che bisogna tener presente nell'istituire quella distinzione, bisogna tener presente anche la natura intima del rapporto, la possibilità cioè per esso di diventare coattivo, di venire eventualmente imposto con sanzioni giuridiche.

Onde, alla domanda che ci siamo innanzi fatta: quali sono le coordinazioni di atti che rimangono semplici abitudini sociali e quali quelle che diventano consuetudini giuridiche? Dobbiamo dare quest'altra risposta, allorchè consideriamo il fenomeno sotto questo secondo aspetto: diventano o tendono a diventare consuetudini giuridiche quelle coordinazioni risultanti da rapporti che, per loro natura, sono capaci di ricevere eventualmente una coazione esterna; invece diventano o tendono a

diventare semplici abitudini quelle derivanti da rapporti che non possono eventualmente ricevere una esterna coazione.

Vi sono infatti rapporti incapaci di ricevere una tale coazione perchè prendono tutto il loro valore dalla intenzione con cui operano le persone fra le quali si svolgono, per cui la coazione non riuscirebbe a colpirli, e potrebbe tutto al più riuscire a turbarli. Onde, in forza della stessa legge per cui il diritto tende ad uniformarsi alle condizioni di adattamento, esso sarà spinto ad abbandonare prima o poi questi rapporti all'azione spontanea delle persone.

Vi sono invece altri rapporti che prendono tutto il loro valore o almeno la parte principale di esso, non dalla intenzione delle persone fra cui si svolgono, ma dal *modo* stesso con cui si svolgono, dalla loro estrinsecazione manifesta. E questi rapporti possono venire colpiti dalla coazione senza cessare per questo di raggiungere, anzi raggiungendo meglio gli scopi cui sono rivolti; e perciò, in forza della suddetta legge, tendono sempre più a costituire il campo specifico e la materia propria del diritto.

Vi è infine una terza categoria di rapporti che hanno carattere misto, presentano un po' la natura dei primi, un po' la natura dei secondi, e oscillano quindi fra le due opposte categorie; essi comprendono tutta la scala delle sfumature degradanti verso un campo o verso l'altro.

L'abitudine sociale trova quindi il suo naturale campo di azione nei rapporti della prima categoria, la consuetudine giuridica nei rapporti della seconda, mentre i rapporti della terza daranno origine, secondo i casi, a coordinazioni del primo o del secondo tipo.

Ma, anche rispetto a questo secondo criterio di distinzione bisogna tener conto dei due coefficienti innanzi indicati, cioè, la natura del rapporto in sè e il modo come esso viene concepito.

Per la medesima ragione per cui il diritto in genere tende ad adagiarsi sulle esigenze effettive della vita in comune, esso tende anche, in ispecie, ad adagiarsi sulla effettiva natura del rapporto, poichè solo in tal modo può adagiarsi su quelle esi-

genze e armonizzare con esse. Ma, spostandosi le esigenze, fino a un certo punto si sposta anche la natura del rapporto, però che fra l'una cosa e l'altra vi è intima connessione. Così, i rapporti riferentisi alla mutua assistenza possono rimanere abbandonati all'arbitrio degl'individui in una data società, mentre in un'altra, debbono, almeno in parte, cadere sotto la sanzione del diritto. Un grado più avanzato di solidarietà, uno sviluppo maggiore nei sentimenti altruistici, uno stadio di più intensa cooperazione, e via di seguito, possono produrre in quei rapporti cambiamenti tali, da renderli capaci di assumere una veste giuridica e da rendere anche necessaria questa veste, conferendo cioè un maggior valore e dando un più ampio sviluppo a quel lato esterno di essi, che solo può ricevere una giuridica sanzione.

E parimenti, il grado di sviluppo della coscienza pubblica e le cause che su di questa agiscono, fanno comprendere in diversa guisa questa distinzione fra il lato interno e il lato esterno del rapporto, ora allargando e ora restringendo la materia propria della consuetudine. Così, in un periodo di forti credenze religiose, quando la religione invade e domina tutti in genere i rapporti della vita sociale, il precetto religioso, che per sua natura si svolge in quella sfera interna, in cui il diritto non dovrebbe penetrare, può costituire oggetto di consuetudini giuridiche. In un periodo invece di tolleranza, di credenze più illuminate o addirittura di scetticismo, il diritto si stacca dal precetto religioso e lo abbandona intieramente alla coscienza degl'individui, e allora una quantità di consuetudini giuridiche rimangono semplici abitudini o cessano del tutto di esistere come tali.

I due criterii poi, della relativa importanza e della natura intima del rapporto s'influenzano reciprocamente, in quanto che la relativa importanza vale a mettere meglio in rilievo e a dare maggiore sviluppo a quei lati esterni, che costituiscono in genere la materia del diritto e della consuetudine giuridica in ispecie, mentre una più chiara percezione della natura intima del rapporto e gli spostamenti che in esso si producono col

processo di evoluzione, valgono a mettere in più chiara luce la relativa importanza del rapporto stesso.

Combinando quindi questi due criterii è possibile ottenere per ciascuna convivenza e in ciascuna delle epoche del suo sviluppo, una distinzione approssimativa fra la consuetudine e l'abitudine dal punto di vista del loro contenuto e quindi una distinzione tra ciò che può costituire oggetto dell'una e ciò che può costituire oggetto dell'altra.

CAPITOLO IX.

Base ultima della forza obbligatoria della consuetudine.

§ 69. — Per ben comprendere il carattere obbligatorio della consuetudine e quindi la natura vera della sua forza giuridica, occorre un' ultima ricerca, occorre cioè sapere se la base fondamentale di questa forza giuridica debba ricercarsi nella società ovvero nello stato, occorre cioè finire per dove abbiamo cominciato, allorchè abbiamo fatto la critica delle due opposte tendenze, onde furono generate le diverse teorie. Questa ultima ricerca verrà quindi a completare le ricerche precedenti e ci permetterà di precisare ancor meglio la nostra opinione.

Da quello che abbiamo detto finora già si comprende che noi riponiamo nella società uno dei principali fondamenti della consuetudine. Essa infatti sorge a poco a poco e si costituisce spontaneamente per opera della ripetizione degli atti, senza che lo stato intervenga. Lo stato può, col suo intervento, affrettare o ritardare il processo, ma non lo determiua; esso si può egualmente svolgere senza la sua azione. È vero che, quando lo stato esiste, vera consuetudine non può darsi, se non sorge in modo chiaro e confuso la presunzione che lo stato la riconosca; ma anche allora la consuetudine può essere obbedita senza che questa presunzione esista o senza che alcuno ponga mente all'esistenza di essa.

Inoltre poi questa presunzione deve apparire nel momento in cui la consuetudine è violata o sta per essere violata, nel

momento in cui può essere discussa la sua obbligatorietà; ma nei casi ordinari può rimanere latente senza che per questo la consuetudine venga meno osservata.

Quello peraltro che è qui molto notevole e degno della massima attenzione è il fatto che una tale presunzione non è neppur essa opera dello stato, ma è opera delle stesse forze sociali, che hanno determinato la consuetudine. Come abbiamo visto infatti, la stessa ripetizione dell'atto con tutte le cause che la determinano viene a poco a poco a far sorgere l'*opinio juris*, e l'*opinio juris*, come è stata da noi intesa, implica appunto la presunzione di questo riconoscimento da parte dello stato.

Sicchè, in tutti i casi, non sarebbe lo stato che determina la forza obbligatoria della consuetudine, esso può solo distruggerla quando già esiste, negandole apertamente il riconoscimento, come ora vedremo.

§ 70. — Intanto dobbiamo premettere che, per ben comprendere la parte che spetta alla società nella formazione della consuetudine e nella determinazione della sua forza obbligatoria, occorre richiamarsi alla teoria della sovranità.

Se si vuole avere un'idea chiara del contributo che quivi apporta la società e degli altri fatti, che ne derivano, bisogna partire dal concetto fondamentale che la sovranità e quindi la volontà giuridica della collettività, risiede nella convivenza e non nello stato, quantunque abitualmente si estrinsechi e debba estrinsecarsi per mezzo di questo.

Questo concetto, di cui a prima vista non si vede forse tutta la portata, costituisce una delle chiavi di volta della teoria. La sovranità dunque risiede nella società, poichè è per mezzo della sovranità che lo stato esiste e la volontà giuridica, prima di essere volontà dello stato è volontà sociale e riesce a farsi valere fino a che si mantiene in armonia con questa.

Allorchè quest'armonia viene meno, la volontà dello stato s'indebolisce ed è costretta prima o poi, sia lentamente, in modo pacifico, sia improvvisamente in modo violento, a cedere alle nuove forme della volontà sociale.

Ma, sebbene risegga in ultima analisi nella società, la sovranità si fa abitualmente valere per mezzo dello stato. In forza di un processo di specificazione lo stato si è assunto l'obbligo di esprimere e di eseguire la volontà della convivenza. E su questa specificazione e su questo còmpito riposa appunto tutta la funzione giuridica dello stato. Questa specificazione peraltro non si è prodotta in modo da spossessare interamente la società del suo diritto; ciò non sarebbe potuto accadere, perchè lo stato in fin dei conti vive pur sempre della società e per mezzo della società; ma si è prodotto invece in modo da lasciare più o meno alla società certe maniere di partecipazione alle funzioni dello stato, che variano per intensità e forma nelle diverse epoche storiche.

In modo generico peraltro si può affermare che il còmpito esecutivo inteso nel senso più vasto e per tutti obbligatorio, si è tutto concentrato nello stato, la volontà sociale invece non si è tutta concentrata in esso. Onde, sebbene lo stato debba pur sempre riguardarsi come l'esecutore della volontà collettiva, questa può venire espressa, sia dallo stato, sia dalla società direttamente.

E questo si capisce quando si pensa che la determinazione di una volontà non richiede sempre sforzi persistenti, coscienti ed uniti in tutti gli stadi della sua formazione; ma può anche prodursi in modo improvviso, o per opera di forze incoscienti› o può prodursi in modo da principio imperfetto e venirsi poi mano mano perfezionando; e quando si tratti di volontà collettiva, può prodursi anche per opera di pochi, ai quali gli altri poi in modo attivo o passivo vengono mano mano ad apportare la loro adesione.

Tutto diversamente invece accade quando si tratta della esecuzione, perchè allora si richiedono sforzi uniti e costanti, coscientemente e coerentemente rivolti verso un determinato scopo. Per cui l'esecuzione non può venir mai, in nessuno stadio del suo sviluppo, abbandonata, senza grave danno, all'azione spontanea di forze indeterminate. E per questo nelle associazioni di ogni genere l'esecuzione si specifica, staccandosi dalla

deliberazione e per cui, mentre si lascia a tutti i soci il diritto di concorrere alla deliberazione, si attribuisce invece ad organi speciali il còmpito di eseguire. Si può anzi dire che un aggregato è tanto più progredito nella sua organizzazione, quanto più le due parti sono ben distinte e l'esecuzione viene meglio specificata in organi più adatti.

Questo fatto deve quindi prodursi anche nella convivenza in genere, e allora l'organo esecutore per eccellenza della società diventa lo stato, mentre la deliberazione rimane divisa fra lo stato e la società. Se in un dato momento la società prende essa direttamente ad eseguire, significa che in quel dato momento lo stato cessa di esistere ed ha luogo quel che si chiama una rivoluzione. Ciò che infatti caratterizza sopra tutto la rivoluzione è appunto la confusione che si produce fra i due atti, prima distinti per opera dell'esistenza dello stato, perchè la società prende ad eseguire essa stessa le deliberazioni della sua volontà. E la rivoluzione dura fino a che i nuovi organi esecutori si siano costituiti e la società definitivamente accetti di subordinarsi ad essi.

Non vogliamo peraltro che questa teoria abbia a generare equivoci. Quando diciamo che lo Stato è per eccellenza l'organismo esecutore della volontà sociale, non intendiamo dire che lo stato non abbia altro còmpito che quello di eseguire; ma intendiamo dire semplicemente questo: la volontà sociale può venire espressa, tanto dalla società direttamente, quanto per mezzo dello stato, e lo stato può alla sua volta quale organismo distinto avere una volontà sua propria e indipendente; l'esecuzione invece tanto della volontà propria che della volontà sociale, fatta in modo per tutti obbligatorio, è còmpito esclusivo dello stato fino a tanto che lo stato esiste.

In altri termini, mentre la volontà può essere comune, l'esecuzione non può essere comune senza che lo stato cessi di esistere o vegga menomati i suoi diritti.

§ 71. — Prèmesse queste generiche idee, veniamo ora alla consuetudine in ispecie.

La consuetudine, prendendo radice nella coscienza della

collettività, è un' emanazione della volontà di essa e suppone quindi un potere legislativo diffuso in tutta la società, di cui lo stato è pur sempre l'organismo esecutore. Infatti, il potere legislativo, come in genere la volontà collettiva, non si concentra tutta nello stato, una parte più o meno grande resta pur sempre diffusa in seno della convivenza e viene abbandonata all'azione spontanea delle sue forze.

Questa parte varia nelle differenti epoche.

In certe epoche, come nei primi stadi dell'evoluzione del diritto, essa è preponderante, anzi esclusiva, nel senso che il potere legislativo è tutto diffuso nella convivenza e nessuna parte di esso o solo una parte piccolissima e secondaria si concentra nello stato. Gli organi dello stato non fanno allora che eseguire ed applicare le norme provenienti dalla convivenza direttamente, che sono appunto le consuetudini. In certe altre epoche invece, cioè negli stadi più avanzati dell'evoluzione, è preponderante la parte che si concentra nello stato e cade quindi in seconda linea la parte che rimane diffusa nella convivenza. Si sa poi che queste due parti variano anche secondo la diversa natura del rapporto giuridico e la possibilità che esso presenta ad essere formulato in legge.

Comunque sia, peraltro, una parte del potere legislativo rimane sempre diffusa nella convivenza, qualunque sia lo stadio di sviluppo del diritto, appunto perchè la facoltà di volere della convivenza e i comandi quindi che essa impone a sè stessa, non si potranno mai interamente concentrare nello stato.

§ 72. — Qui ci troviamo di fronte l'obbiezione suggerita dalla teorica del governo rappresentativo.

Sta bene, può osservarsi, che una parte della funzione legislativa venga esercitata dalla società nei paesi dove esistono governi dispotici, poichè questi non rappresentano la convivenza e sono spesso in contrasto con essa; ma non è più ammissibile una tale funzione a favore della società nei governi rappresentativi, poichè questi rappresentano sempre la convivenza e non si possono concepire in contrasto con essa.

A questa ragione suggerita dal concetto di rappresentanza,

se ne può aggiungere un'altra suggerita dal concetto della divisione ed attribuzioni di poteri. E può infatti osservarsi che uno speciale còmpito legislativo a favore della società può apparire soltanto quando lo stato non si è ancora specificato nelle sue attribuzioni, non solo nei rapporti con la società, ma anche nei rapporti interni; ma quando invece lo stato si è affermato con tutti i caratteri della sua personalità e i poteri pubblici si sono bene specificati nelle attribuzioni loro, per cui il còmpito di determinare le norme del diritto è diventato l'attributo di uno speciale potere, di cui la costituzione determina precisamente la composizione e il funzionamento; allora non vi possono essere altre norme giuridiche se non quelle determinate o riconosciute da questo potere. La coesistenza con esso di un altro potere indipendente capace di esercitare il medesimo còmpito deve riguardarsi come cosa illegale e incostituzionale.

A queste obbiezioni la risposta è facile.

Quanto alla prima, può osservarsi innanzi tutto che il carattere rappresentativo spetta in genere a tutti i governi, poichè un governo che in verun modo rappresenti la comunanza non potrebbe sussistere. La differenza fra i varî governi da questo punto di vista può consistere nel grado e non nella qualità, cioè i governi possono essere soltanto *più* o *meno* rappresentativi. E i governi moderni appunto, col regime di rappresentanza, vorrebbero essere più che è possibile rappresentativi. Ma, per quanto rappresentativi essi siano, non riescono mai a riflettere tutte le forze, tutti gli elementi, tutte le condizioni della convivenza. Basta volgere gli occhi agli attuali reggimi detti per eccellenza rappresentativi per vedere come questo sia vero. Inoltre lo stato deve avere una forma, una organizzazione stabile, ma ogni forma, ogni organizzazione tende per sua natura ad arrestarsi per un tempo più o meno lungo a un dato periodo di sviluppo, ciò tanto maggiormente, quanto più i caratteri dell'organizzazione sono stabili e precisi. Se un'organizzazione non si arrestasse a riflettere un dato periodo di sviluppo essa non potrebbe mai costituirsi in modo definitivo. Così, avviene che in tutti gli organismi individuali l'organizzazione

completa coincide con l'arresto dello sviluppo dell'individuo; l'individuo può dirsi completamente organizzato solo quando ha cessato di svilupparsi.

Questo medesimo fenomeno si verifica nei rapporti fra società e stato. Lo stato non può riflettere che un dato stadio dello sviluppo sociale e non può seguire tutte le incessanti trasformazioni che si producono nella convivenza. Perciò un distacco maggiore o minore esiste sempre fra lo stato e la società, e uno dei modi con i quali un tale distacco viene a colmarsi è determinato appunto dalla consuetudine.

Quanto poi alla seconda obbiezione, essa non può toccare la consuetudine quale viene da noi intesa. Tutto quel ragionamento che si fa intorno alle attribuzioni e alle divisioni dei poteri non può riferirsi che allo stato e quindi alla sua organizzazione formale, mentre qui si tratta di forze che sono fuori di quell'organizzazione formale e dalle quali anzi essa stessa dipende. La volontà dello stato è determinata o influenzata dalla volontà collettiva e intanto può agire come volontà legittima, in quanto si considera come emanazione diretta o indiretta, cosciente o incosciente della volontà collettiva della convivenza.

Certo, vi sono in ogni stato progredito degli organi incaricati di fare le leggi o in genere, di emanare le norme giuridiche obbligatorie per tutti i cittadini. Il che significa che *nello stato* solo quegli organi e non altri devono avere un tale compito; ma ciò non toglie che *fuori dello stato* altre forze possano far sorgere altre norme giuridiche e indurre al pieno riconoscimento e all'osservanza di esse.

In fondo poi le due categorie di norme vengono ad avere la medesima base, che consiste appunto nella *opinio juris*, nel generale convincimento che esse costituiscano il diritto che si deve praticare.

§ 73. — Ma, se tutto questo è vero, non si può d'altra parte conchiudere che la base ultima della consuetudine non si possa rinvenire se non nella società; chi afferma ciò, non dice la verità tutta intera.

Ciò che abbiamo detto finora dimostra che anche lo stato

vi ha la sua parte e una parte cospicua; poichè, è vero che la consuetudine può essere obbedita per forza propria e indipendentemente dall'azione dello stato e attinge in ultima analisi la ragione del suo essere nella volontà collettiva; ma d'altra parte è anche vero che la forza veramente giuridica della consuetudine non può essere attinta che allo stato, almeno dal momento in cui esso comincia ad esistere come organismo distinto. La forza che, indipendentemente dalla effettiva o presunta azione dello stato, induce a fare obbedire la consuetudine, non è propriamente una forza giuridica, ma è una forza sociale del genere di quella che fa rispettare l'abitudine, sebbene non del tutto identica ad essa. La vera forza giuridica non può venire che dallo stato, poichè esso soltanto dispone, come sappiamo, della forza esecutiva ed esso soltanto quindi può far valere nel fatto i comandi della volontà sociale.

La consuetudine inoltre non si può concepire che quale parte del diritto positivo, e il diritto positivo, alla sua volta, non si può intendere che quale un comando dello stato, quantunque il comando dello stato possa in pari tempo essere comando della volontà collettiva della convivenza. Solo in un periodo embrionale nell'evoluzione della convivenza, quando lo stato non è ancor sorto o non si è ancora specificato nelle sue attribuzioni, si può parlare di un diritto positivo non ancora imposto dallo stato. Ma allora, anche il diritto traversa un periodo embrionale e non è neppur esso distinto dalle altre categorie di norme.

Del resto poi, ciò che può apparire come una peculiarità della consuetudine in parte è anche un fatto che si verifica nella legge. Anche la legge cioè può essere obbedita per forza propria; e quantunque sia esagerata e inesatta l'opinione di coloro che pongono la forza del diritto sulla base della spontanea accettazione, è fuor di dubbio che una quantità di leggi vengono obbedite per opera di forze morali e senza che si ponga mente alla loro sanzione giuridica. E se da questo fatto soltanto noi non siamo autorizzati ad ammettere che la forza obbligatoria della legge abbia la sua sola base nella società,

non possiamo da questo medesimo fatto sentirci autorizzati ad affermare la medesima cosa di fronte alla consuetudine.

Vi può essere, è vero, fuori dello stato un'altra forza, un'altra manifestazione della volontà collettiva, ma essa non si può considerare come *legittima,* cioè come operante conforme al diritto positivo, se non quando lo stato viene a riconoscerla, o se non quando almeno si suppone che lo stato l'abbia riconosciuta. Per cui alle obbiezioni che abbiamo innanzi posto, se si può vittoriosamente rispondere quando si guarda un aspetto della questione; non si può invece rispondere in modo adeguato allorchè si considera l'altro aspetto.

Sebbene infatti lo stato non rifletta tutte le condizioni della società, pure la società non si può far valere di fronte allo stato se non per mezzo dello stato stesso. La società che opera contro la volontà dello stato inaugura la rivoluzione. Ma la rivoluzione non è un fatto normale, non è il fatto di tutti i giorni. Normalmente, la volontà sociale può trascinare la volontà dello stato, ma non può sostituirsi ad essa. E nell'uso di tutti i mezzi con cui la società opera sullo stato noi vediamo che appunto questo accade. Così, l'opinione pubblica opera sullo stato, non perchè comanda allo stato di agire in un dato modo, ma perchè induce gli organi dello stato ad accettare quel dato modo di agire; e finchè quegli organi non lo hanno accettato, l'opinione pubblica rimane impotente. E l'istesso avviene per la rappresentanza; essa non opera sullo stato che allorchè si trasforma in organo dello stato. Finalmente anche per la consuetudine accade questo. È vero che essa nel fatto esce da una fonte che sta fuori dell'organizzazione formale dello stato e da cui anzi la stessa organizzazione formale dipende; ma, d'altra parte la norma che proviene dalla consuetudine non può dirsi definitivamente costituita se non entra, almeno per mezzo di una presunzione, in seno di quell'organizzazione formale.

Per cui in fondo non hanno torto i seguaci delle scuole formaliste quando vogliono far dipendere la forza obbligatoria della consuetudine dal supposto comando del superiore politico o di uno dei suoi organi. Il loro torto consiste nell'arrestarsi

in questo punto e non vedere quali forze si muovano dietro al fatto della consuetudine e vengano a generare la supposizione di quel comando.

§ 74. — Ed ecco che, dopo questa lunga discussione e dallo svolgimento delle opinioni contrarie e dai lati difettosi, che esse presentano, viene chiaramente innanzi la teoria da noi accettata, la quale si propone appunto di conciliare le dottrine delle due opposte scuole.

Infatti, esaminando bene tutti gli aspetti di questo complesso problema, si trova che hanno torto, tanto quelli che ripongono esclusivamente la base della consuetudine nella società, quanto quelli che esclusivamente la ripongono nello stato, però che società e stato egualmente concorrono a determinarla, sebbene sotto un diverso aspetto e con diversa forma di partecipazione.

Quando è precisamente che una coordinazione di atti abituale diventa obbligatoria quale consuetudine giuridica? Quando è sorta l'*opinio juris*, cioè la generale ed intima convinzione che quella coordinazione di atti sia un comando della collettività; e allorchè lo stato esiste, cioè in una convivenza arrivata a quello stadio di sviluppo che permette l'esistenza dello stato, non si può avere consuetudine giuridica, la quale non sia fondata sulla presunzione (cosciente o incosciente, non importa) di un comando dello stato. Bisogna cioè supporre che lo stato l'abbia accettata e sia disposto a farla valere come diritto positivo.

Ma perchè sorga quella presunzione è necessario che si produca nella convivenza tutto quel processo di ripetizione che abbiamo esaminato, ed operino più o meno le cause di cui abbiamo tenuto parola; deve cioè prodursi spontaneamente a favore di quella coordinazione di atti tutto un concentramento di forze, per cui si genera la predisposizione degli animi verso un dato modo di agire e quindi l'autorità di esso. Poichè l'autorità in certe date condizioni può trasformarsi nell'*opinio juris*. Quali siano quelle condizioni non è possibile dirlo preventivamente, poichè esse in genere variano col grado di sviluppo della convivenza e con le sue esigenze di adattamento. Ma in genere

ciò accade quando si tratta di rapporti essenziali alla conservazione e allo sviluppo della convivenza, che in pari tempo siano capaci di ricevere coazione e quando possono liberamente agire le cause atte a generare la convinzione giuridica.

Queste condizioni peraltro si maturano in seno della convivenza, che è poi la materia onde lo stato è costituito.

Quindi, sia dal punto di vista materiale, che dal punto di vista formale, il contrasto che si vuole scorgere a tal proposito e che serve di punto di partenza alle due opposte dottrine, o non esiste o si può far scomparire.

Dal punto di vista materiale lo stato non è un'astrazione, ma una forma di organizzazione della convivenza, che, sotto un certo aspetto, combacia interamente con essa; e anzi lo stato sarà tanto più progredito quanto più sarà in armonia con la convivenza in cui si costituisce. Dal punto di vista formale, l'azione dello stato non viene esclusa, ma anzi viene invocata e supposta dalla presunzione che lo stato conosca e comandi la consuetudine. La convinzione è certo opera della società, è un prodotto di forze sociali, ma siccome ha per oggetto lo stato, non è possibile di supporre un contrasto.

Le obbiezioni che potrebbero sorgere a tal proposito non reggono. Si potrebbe opporre che lo Stato non conosce effettivamente tutte le consuetudini e che manca la prova di un tal riconoscimento, che quindi la presunzione suddetta non ha un fondamento reale, è qualche cosa campata in aria, che non deve produrre effetti positivi, e via discorrendo; ma tuttociò non serve a nulla una volta che esiste il generale ed intimo convincimento a favore di essa; poichè gli uomini ordinariamente non agiscono per quello che è, ma per quello che credono. Lasciando poi stare che in questo caso quello che credono non è poi tanto lontano da quello che è, però che la consuetudine è, come sappiamo, il prodotto di un processo di ripetizione, compiutosi generalmente in base ad effettive esigenze; e se acquista tale e tanta autorità, da apparire quasi come un comando dello stato o da far supporre che lo stato la riconosca, ciò non è in contrasto con i còmpiti che si propone lo stato, ma è in piena

armonia con essi. Logicamente anzi essa è ciò che lo stato dovrebbe riconoscere ed imporre. Il diritto che scaturisce direttamente dalla volontà dello stato sotto forma di legge non si potrebbe proporre uno scopo diverso da quello verso cui la consuetudine spontaneamente si svolge.

E poi ciò che, in ultima analisi, rende obbligatoria la legge è il comando dello stato; quando questo comando viene ritenuto come esistente, la legge deve essere obbedita E anche qui molte volte si guarda, non a quello che è, ma a quello che potrebbe essere o si suppone che sia, la credenza piglia il sopravvento sulla realtà. Così, ad esempio, può rendersi possibile il caso di una legge che non è più in vigore o che anche non è mai esistita, la quale viene rispettata come se effettivamente esistesse e come tale viene anche applicata dal giudice.

Molte volte la consuetudine si fonda su questa illusione e basta ricordare ancora una volta le famose leggi di Eduardo il Confessore che per tanta parte contribuirono alla formazione del diritto consuetudinario inglese.

Ma il caso più comune è quello della interpretazione libera, non letterale, per cui si attribuisce al legislatore una volontà che egli non ha chiaramente espresso, o non ha espresso del tutto, o non aveva alcuna intenzione di esprimere. Eppure il giudice applica la norma e sentenzia come se quella volontà fosse stata realmente espressa e quella volontà viene obbedita come esistente.

Si sa, in altri termini, come un'altra delle sorgenti della consuetudine sia appunto la giurisprudenza giudiziaria, i giudicati delle corti di giustizia. Ebbene, questi giudicati molte volte non si fondano sopra comandi esistenti del legislatore, ma sopra comandi supposti esistenti, sia per ragioni di equità, sia per analogia, sia per mezzo di finzioni giuridiche.

Tutto ciò dimostra all'evidenza come non sia sempre la realtà del comando quella che costituisce la norma, sibbene anche l'illusione di questo comando può costituirla, cioè la presunzione che tale comando esista, quando indizi numerosi o la

necessità delle cose e dei rapporti umani rendono questa supposizione plausibile.

Invocando quindi a favore della consuetudine una tale presunzione, noi in fondo non ci discostiamo dal metodo tenuto con la stessa legge e se di fronte alla legge esso non solleva obbiezioni, non deve sollevarle neppure di fronte alla consuetudine.

Ma ciò che poi conta più di tutto e taglia, a così dire, la testa al toro, è il fatto che il generale convincimento onde si costituisce l'*opinio juris*, se è opera della società, diventa anche un convincimento dello stato, in quanto che lo stato e per esso i suoi organi, credono fermamente che la consuetudine sia parte del diritto positivo, che essi devono quindi eseguire, applicare e difendere. Cioè a dire, il convincimento giuridico sorto nella convivenza per opera di tutto quel processo di ripetizione, non limita la sua azione sulla coscienza dei cittadini, ma la estende anche agli organi pubblici, in quanto fa presumere il riconoscimento della consuetudine, non solo a quelli, ma anche a questi. Per cui quando nella definizione dell'*opinio juris* parliamo di un generale convincimento, noi intendiamo parlare di un convincimento comune alla società e allo stato. E questa è appunto una delle caratteristiche, anzi la principale, per cui l'*opinio juris* differisce dall'opinione pubblica, poichè l'opinione pubblica è e rimane sempre una formazione sociale, mentre l'*opinio juris* è una formazione sociale che si considera ed è infatti accettata anche dallo stato.

Per tal modo si vengono a conciliare le opinioni di coloro che non vedono nella consuetudine se non un fatto sociale con le opinioni di coloro che vi vedono un fatto esclusivamente giuridico prodotto dalla volontà dello stato.

Secondo la nostra teoria invece la consuetudine apparisce come quello che è effettivamente, un prodotto della società e un prodotto dello stato. Un prodotto della società, poichè tutti quei fatti che generano la convinzione giuridica e questa medesima convinzione sono anzi tutto un fatto sociale. Un prodotto dello stato, poichè in una società progredita, dove lo stato esiste, il diritto positivo non può venire che da esso e lo stato

quindi contribuisce alla formazione della consuetudine con la presunzione cui esso stesso partecipa, di riconoscere la consuetudine ed accordare ad essa tutta la sua protezione. Per mezzo di tale presunzione lo stato è adunque chiamato a contribuire a quella formazione, prestando ad essa, non soltanto la forza della sua autorità, ma il concorso effettivo dei suoi organi, essendo che il giudice applica la legge. Certo esso, almeno da principio, non è chiamato a contribuirvi per volontà propria e anzi prima che il giudice abbia avuto campo di dispiegare la sua azione rispetto a quei rapporti che cadono sotto la sua competenza e gli organi pubblici abbiano avuto occasione di pronunziarsi rispetto agli altri rapporti, lo stato vi contribuisce in forza di una specie d'illusione prodottasi nella coscienza pubblica e che trascina anche la sua volontà; ma un'illusione che ha un grande fondamento reale nel fatto della ripetizione, nel necessario coordinamento dei rapporti umani conformemente alle leggi di conservazione e di sviluppo delle umane convivenze e nel fatto che lo stato risulta dalla stessa società in cui l'*opinio juris* si produce.

Dopo ciò possiamo vedere ancor più chiaramente come fossero unilaterali le dottrine delle due opposte scuole. Quella che ripone la base della consuetudine esclusivamente nella società non vede che non si può dar diritto positivo che non venga dallo stato, almeno indirettamente riconosciuto; quella che invece la ripone nello stato, disconosce tutto il processo formativo della consuetudine, non comprende in che modo possa sorgere una norma da una data coordinazione di atti più volte ripetuta, in che modo la società possa provvedere a sè stessa, spontaneamente, al proprio diritto quando lo stato non vi provvede o non vi provvede in armonia con le condizioni di adattamento.

La teoria che noi sosteniamo non è più unilaterale, essa prende quello che vi è di vero nelle due opposte dottrine e indica in che modo si possono conciliare, mentre in pari tempo accontenta le esigenze dei formalisti, come le esigenze dei sociologi.

Essa accontenta i formalisti, riconoscendo la parte che deve avere lo stato nella determinazione della forza obbligatoria della

consuetudine, sebbene non intenda questa partecipazione dello stato sotto la forma ristretta di presunto consenso del legislatore o di sentenza del giudice. Essa ammette di quella partecipazione ciò che vi è di essenziale, il concorso della volontà dello stato, di cui la legge o la sentenza non sono che estrinsecazioni.

Essa accontenta i sociologi, riconoscendo l'importanza della base sociale della consuetudine e determinandone meglio la portata. Per quanto assuma veste giuridica, la consuetudine rimane pur sempre una formazione sociale, e per quanto attinga allo stato la ragione giuridica del suo essere e la forza ultima per farsi valere, pure essa viene generalmente obbedita per la forza propria di cui dispone. E inoltre se essa può attingere allo stato la sua forza obbligatoria, ciò avviene in conseguenza del modo come si concentrano le forze sociali che la producono e le comunicano tale autorità, da farla apparire quale un comando della volontà collettiva.

Così considerata, la consuetudine giuridica ci apparisce sotto una luce nuova, che ci permette di mettere assai meglio in rilievo i suoi còmpiti nell'economia dello stato, come anche di risolvere parecchie questioni, che ancora dividono gli animi dei giuristi e che non possono essere interamente e soddisfacentemente risolute, nè con l'una, nè con l'altra delle due opposte teorie.

§ 75. — Circa il còmpito della consuetudine giuridica noi dobbiamo dire che, oltre quello già indicato di rendere possibile la coesistenza di una quantità infinita di coordinazioni, còmpito che del resto essa divide con la legge; essa ne adempie un altro non meno benefico, la cui natura viene assai più chiaramente in luce dalla teoria che abbiamo esposto. Questo còmpito consiste nel mettere sempre più in armonia la società con lo stato e quindi le condizioni della società con le norme del diritto, e a cui la consuetudine deve mirabilmente riuscire, essendo essa stessa un prodotto della società e dello stato.

Varî sono i modi e i mezzi con i quali la società tende a mettersi in armonia con lo stato e con i quali quindi le condizioni della società tendono a combinarsi con le norme del di-

ritto: abbiamo innanzi tutto l'opinione pubblica, con tutti i mezzi con i quali essa si costituisce e per opera dei quali riesce a farsi valere; abbiamo la rappresentanza politica, abbiamo anche la giurisprudenza e, finalmente abbiamo la consuetudine. Ognuno di questi mezzi ha i suoi peculiari modi d'azione, esercita le sue funzioni speciali ed ha una speciale fisionomia.

L'opinione pubblica è un mezzo generico, essa con la stampa, con le riunioni, con le petizioni, con la voce delle persone autorevoli e con la scienza, che se ne fanno gl'interpreti, tende a far sentire allo stato i bisogni della società e a indurre i poteri pubblici a soddisfarli. Mezzo sociale per eccellenza, esso deve alla società tutta la sua forza e vale per quanto riesce a farlo valere la società in cui si manifesta, e per quanta è la tenacia, la costanza, l'energia, la coerenza con cui essa lo adopera. Ma, formazione in parte istintiva, in parte riflessa, dovuta all'azione di un numero indeterminato di persone, che, ad ogni momento possono entrare a collaborarvi e risultante dalla combinazione d'idee e di sentimenti, essa è a così dire in uno stato di equilibrio instabile, è in continua oscillazione, quantunque vi siano dei nuclei più o meno permanenti, intorno ai quali le oscillazioni si formano; ma sopra tutto è in balìa di cause molteplici. che tendono a traviarla e a corromperla.

Gli altri tre mezzi hanno carattere misto, implicano cioè la cooperazione di elementi sociali e di elementi politico-giuridici.

E prima di tutti viene la rappresentanza, mezzo specifico e in pari tempo generico, essa ha, come rappresentanza della società di fronte allo stato, una funzione politica, quella di far valere in seno dello stato le aspirazioni della convivenza; e come rappresentanza politica, una funzione sociale, quella cioè di riflettere nella convivenza i bisogni e le condizioni dello stato. La sua influenza si esercita per mezzo della legislazione e col controllo dell'azione del governo; ma la sua è un'azione in grande, un'azione, diciamo così a larghe linee; essa non può esercitarsi che poco o male rispetto a quella quantità infinita di piccoli rapporti che s'intrecciano in mille guise nella vita quotidiana

e dai quali in mille modi può dipendere la felicità o infelicità dei cittadini.

E poi la rappresentanza, come sappiamo, non rimane sempre fedele al suo còmpito e non è sempre adeguata e all'altezza di esso. L'esperienza ci dà pur troppo delle dure lezioni a tal riguardo.

Ed ecco che interviene l'azione della giurisprudenza giudiziaria, la cui grande influenza, la cui alta importanza non è mai debitamente apprezzata. Il suo còmpito è specifico, il suo carattere è tecnico, perchè essa si riferisce esclusivamente alla determinazione, all'interpretazione, all'applicazione della norma giuridica ed agisce per mezzo di queste; ma la sua opera è continua e costante, come è continua e costante l'opera della giustizia; essa abbraccia tutti quei rapporti quotidiani molteplici e complessi in mezzo ai quali si svolge la vita di tutti i giorni, per cui si determinano i contatti infiniti fra la società e lo stato, per cui il diritto si mette lentamente in connessione con la società e si viene adattando ai suoi bisogni. Il momento più importante del diritto non è tanto quello in cui si proclama, quanto quello in cui si applica e si fa valere, poichè, dal modo come si fa valere e come s'intende per farlo valere dipendono in gran parte gli effetti benefici o dannosi della norma.

Ma, per quanto importante e benefica sia l'azione del giudice, essa non si può estendere su tutto, non può manifestarsi che in casi speciali e quando viene promossa da violazioni e da contestazioni. Aggiungasi poi che la diversità dei giudici e la varietà dei giudicati rende spesso la giurisprudenza incerta e oscillante, mentre la incapacità del magistrato o la sua dipendenza dagli altri poteri possono anche renderla inefficace o addirittura dannosa.

Ed ecco che viene finalmente l'azione della consuetudine, che appoggia, rinforza, corregge anche l'azione del giudice, mentre è alla sua volta da esso corretta e rinforzata; che si estende per tutti quei campi, in cui il giudice non può arrivare e non può arrivare neppure la legge. La consuetudine è un mezzo specifico, ma fondato, diciamo così, su di una base ge-

nerica; è un mezzo tecnico, ma costituito anche da elementi non tecnici, è un mezzo spontaneo e istintivo che può avere pertanto un' origine riflessa, e racchiude in sè più o meno i caratteri fondamentali di tutti gli altri mezzi. E questo carattere misto, e misto di tante qualità, di tante condizioni, di tanti elementi, costituisce appunto l'importanza, il pregio della consuetudine, non veduto forse in tutta la sua estensione, nè dai giuristi che la difendono, nè da quelli che la combattono.

La consuetudine, abbiamo detto, è un mezzo specifico; infatti esso opera sulla norma giuridica e per mezzo di essa, e opera con la pratica e con l'*opinio juris;* anzi il mezzo specifico di cui si serve è appunto l'*opinio.* Con questa essa mette in armonia il diritto con le condizioni di fatto, l'organizzazione sociale con l'ordinamento giuridico-politico. Ma se è specifico il mezzo con cui opera, generica è la sua base, poichè essa può avere per base i rapporti umani di qualunque natura, qualunque rapporto potendo presentare od assumere un aspetto giuridico e potendo dar luogo a giuridiche conseguenze e quindi alle ripetizioni, che generano l' *opinio juris.* E alla produzione di questo fenomeno concorrono inoltre elementi sociali di ogni genere, coopera in un modo o in un altro tutto ciò che può in qualche guisa contribuire alla concentrazione delle forze psichiche collettive sopra quella data forma di coordinazione.

La consuetudine è anche un mezzo tecnico, perchè appunto specifico e come tale capace di tecnica elaborazione per opera del giudice e dei giuristi in genere; ma non è tecnico il suo fondamento, poichè esso scaturisce spontaneo dai rapporti sociali e si costituisce spontaneamente e spontaneamente si diffonde, mentre una quantità di cause non determinabili in modo preciso e oscillanti con le condizioni della convivenza, collaborano alla sua formazione. Sopra tutto poi, perchè l'*opinio juris* è principalmente una formazione psicologica e come tale si sottrae alla tecnica giuridica.

Ma, quantunque formazione spontanea, la consuetudine non ha soltanto una base istintiva, il primo atto con cui s'inizia la

serie delle ripetizioni può essere anche un atto scelto dopo riflessione matura e con piena cognizione di causa, quantunque poi, a misura che la ripetizione genera l'autorità, si offuschi o si perda il concetto dei primi momenti.

Peraltro, ciò che crea a tal riguardo la superiorità della consuetudine è il fatto che essa racchiude un poco in sè i caratteri di tutti gli altri mezzi con i quali si tende a determinare l'armonia fra la società e lo stato. Essa infatti partecipa un poco della natura dell'opinione pubblica, poichè si basa sul generale convincimento. Ha un poco la natura della rappresentanza, perchè ha una base sociale e una funzione giuridica, e mentre riceve dalla convivenza la sua ragione di essere, come appunto la rappresentanza, rivolge tutta la forza che da questo lato riceve alla determinazione della norma e collabora quindi con quella alla formazione del diritto positivo. Ha finalmente un poco la natura della giurisprudenza, come vedremo meglio or ora, poichè si fonda, come questa, sull'uso costante e viene fuori, come questa, dal precedente e dalla pratica dei rapporti, come dalla presunzione che una data coordinazione sia conforme al diritto positivo.

Tutto questo ci fa comprendere di quale importanza possa essere la consuetudine e come a torto sia stata messa in seconda linea e quasi rincantucciata in un angolo dalla manìa legiferante dei tempi moderni.

§ 76. — Questa teoria ci permette anche di risolvere, come abbiamo detto, parecchie delle questioni che si agitano a proposito della consuetudine, e prima di tutto se la consuetudine abbia tanta forza, da modificare o, addirittura abrogare una legge.

Noi dobbiamo senz'altro riconoscere che la consuetudine abbia questa forza. Ciò deriva logicamente da quello che abbiamo detto. La consuetudine proviene o si suppone provenga da una volontà superiore, da quella in cui in ultima analisi risiede la stessa sovranità dello stato. Inoltre se il giuridico convincimento è la causa prima della forza obbligatoria della norma e se la consuetudine apporta una forma di convincimento di-

verso da quello della legge, essa non può non essere preferita.

Nè si può dire che in tal caso abbia luogo un conflitto tra la volontà dello stato e la volontà sociale, e trattandosi di diritto positivo, la volontà dello stato debba prevalere; poichè si tratta anche di un conflitto fra due diversi momenti della stessa volontà dello stato: il momento cioè in cui essa si esprimeva con la legge e il momento in cui essa si esprime per mezzo della consuetudine, e il secondo momento deve avere la preferenza.

Ma se la consuetudine può abrogare la legge, anche la legge d'altra parte può abrogare la consuetudine precedente. E ciò per la medesima ragione, perchè la legge in tal caso è l'espressione di una posteriore volontà, e la posteriore volontà deve avere la preferenza sulla volontà precedente. Questa è anche la ragione per cui la legge non potrà mai escludere in modo generico la consuetudine, dichiarando, ad esempio, che d'ora in poi il diritto non possa essere in altro modo formulato che per mezzo della legge.

Una tale legge può benissimo venire attaccata da una posteriore dichiarazione della volontà, la quale può aver luogo per mezzo di un'altra legge, ma può anche aver luogo per mezzo della consuetudine. In altre parole, la stessa legge che vorrebbe escludere la consuetudine potrebbe alla sua volta venire attaccata dalla consuetudine (sotto forma di dissuetudine).

Insomma la questione tanto dibattuta sembra a noi si possa mettere in questi termini così semplici: tanto la consuetudine che la legge poggiano, in ultima analisi, sur una convinzione giuridica, e si capisce, che quando due convinzioni sono in contrasto, in modo da non potere esistere contemporaneamente, la convinzione posteriore viene a distruggere la precedente, per cui, come la consuetudine posteriore attacca la legge preesistente, così la consuetudine preesistente viene attaccata dalla legge posteriore. E non può avvenire invece (come accadrebbe nell'ultimo caso) che la consuetudine posteriore sia attaccata dalla legge preesistente. Messo così il problema, è evidente che esso non possa ricevere diversa soluzione.

Il punto peraltro dove giace veramente la controversia è la natura delle due convinzioni che si trovano di fronte, poichè il ragionamento corre finchè le due convinzioni siano della medesima natura; ma se sono di natura diversa, non si possono distruggere a vicenda, o almeno se è vero che l'una può distrugger l'altra, non sarà poi vera la reciproca. L' identità delle due convinzioni pertanto non può essere negata; certo essa non è apparente o superficiale, ma è di natura profonda e consiste nel fatto che entrambe muovono dalla medesima coscienza, la coscienza della collettività, che diventa in tal caso anche coscienza dello stato e muovono la medesima volontà, la volontà della convivenza che in tal caso è anche volontà dello stato.

Come mai la legge che viene emanata con tante formalità da un potere espressamente costituito può venire modificata o abrogata dalla consuetudine, che viene da organi indeterminati e sorge senza formalità e garanzie? Ciò accade appunto perchè la consuetudine proviene o si considera come proveniente da quella stessa volontà onde proviene, non solo la legge, ma anche l'insieme delle formalità con cui la legge deve venire emanata.

Vi è peraltro tutta una categoria di rapporti rispetto ai quali la consuetudine non può produrre i medesimi effetti di fronte alla legge, e sono i rapporti di diritto penale e tutti in genere quelli di diritto giudiziario.

Nel campo penale, come nel campo della procedura, la consuetudine propriamente detta perde la sua efficacia, essa non può ampliare o restringere la portata della legge esistente, non può modificarne le disposizioni e tanto meno può dare origine a una nuova norma. Perchè ciò? Forse perchè questo campo rimane chiuso all'azione della ripetizione? O perchè in questi campi la legge acquista una forza speciale? Nulla di tutto ciò. La consuetudine in tali casi non perde la sua forza, ma acquista invece quella speciale fisionomia, che si chiama appunto giurisprudenza. I rapporti di cui qui si tratta, o si svolgono tutti in seno del potere giudiziario o si sviluppano fra il potere giudi-

ziario e cittadini, quindi, in tutti i casi, cadono sotto l'azione di questo potere e perciò non possono venire modificati che per opera di questa medesima azione e quindi per mezzo delle ripetizioni che si producono in seno di questo istesso potere e danno luogo alle abitudini di esso, cioè alla giurisprudenza.

Ma la consuetudine propriamente detta riapparisce anche in questi rapporti e riapparisce sotto la forma negativa, cioè la forma di dissuetudine. Tanto la legge penale quanto la legge di procedura possono venire attaccate dalla dissuetudine; e ciò perchè non si ammette una giurisprudenza negativa, una giurisprudenza che si esplichi col non uso. Col non uso invece il giudice contribuisce a far sorgere la convinzione che quella disposizione di legge non sia più in vigore o non sia più conforme al diritto effettivamente praticato e che lo stato riconosce ed impone.

Questa è la ragione vera dell'anomalia che si manifesta in questa categoria di rapporti; le altre ragioni che si adducono dimostrano chiaramente una cosa, l'impossibilità di addurne delle diverse. Così, si dice che le leggi di questa categoria, specie le leggi penali, contengono restrizioni della libertà, per cui il principio secondo il quale nessuna àzione può essere dichiarata delittuosa e nessuna pena può venire irrogata in forza di una legge, costituisce una grande garanzia per la libertà dei cittadini.

Ma a ciò si può subito obbiettare che le restrizioni alla libertà vengono contenute anche nelle altre leggi, anzi in genere non si può dare una legge che non regoli in qualche modo la libertà dei cittadini e regolandola, non venga quindi a limitarla; poichè è di limiti che veramente bisogna discorrere in tali casi e non di restrizioni. Inoltre poi, ammesso pure che fosse esatta, la ragione addotta lascerebbe da parte le leggi di procedura, che, come abbiamo detto, entrano pur esse nella categoria indicata. In fine poi non bisogna dimenticare che, a parità di condizioni, sono maggiori le garanzie che per la libertà dei cittadini può offrire la consuetudine anzi che quelle che può

offrire la legge. Un esempio decisivo a tal riguardo ce lo presenta appunto l'Inghilterra, ove la libertà dei cittadini trova nella consuetudine la sua vera garanzia.

Un'altra ragione che si adduce per ispiegare in che modo la consuetudine venga quasi del tutto esclusa da quel campo, si riferisce anche essa esclusivamente ai rapporti penali. In materia penale, si dice, non si può parlare di lacune della legge. In tali casi, osservava il Portalis, si eleva un conflitto fra il potere sociale e un privato; è colpa dello stato se non esiste una legge per punirlo, mentre è cosa facile determinare e circoscrivere le azioni punibili.

Innanzi tutto non si capisce perchè le leggi penali non possano presentare imperfezioni e lacune; il fatto dimostra che ne presentano sempre parecchie, come del resto tutte le cose umane che non possono mai riuscire perfette. E se queste lacune e imperfezioni sono colpa dello stato, non è una ragione perchè non debbano venire riempite e corrette allorchè un mezzo naturale si presenta per conseguire un tale effetto. Inoltre se è cosa facile determinare e descrivere le azioni punibili, non è una ragione per escludere quelle che vengono determinate dalla consuetudine. Finalmente non bisogna mai dimenticare che la consuetudine trova uno dei suoi fondamenti nella stessa volontà dello stato onde proviene la legge, per cui non si può dire che lo stato non abbia provveduto quando esiste una consuetudine per regolare alcuni di questi rapporti.

Una riprova di quello che abbiamo affermato si rinviene poi nei poteri straordinari che in forza della consuetudine (dove non esiste una legge) il capo dello stato può assumere in caso di necessità; poteri straordinari, che non solo gli permettono di dichiarare delitti azioni fino allora considerate come lecite o indifferenti, ma financo di istituire tribunali straordinari per giudicarli. E tutto ciò in forza di una consuetudine. Qui la consuetudine può entrare arditamente nel campo penale e può entrarvi appunto perchè si tratta di un fatto, che sottraendosi all' azione del giudice, non può diventare oggetto di giurisprudenza.

CAPITOLO X.

La consuetudine e la giurisprudenza.

§ 77. — Le idee che abbiamo esposto intorno alla forza obbligatoria della consuetudine diventano ancora più chiare quando la consuetudine si paragona con la giurisprudenza delle corti di giustizia.

La giurisprudenza delle corti di giustizia presenta inoltre analogie con la consuetudine, tanto che, sotto un certo aspetto, possono sembrare una sola e medesima cosa.

Infatti la giurisprudenza è una specie di consuetudine, è l'*usus fori,* cioè l'abito che hanno preso le corti di giustizia ad interpretare le leggi in un dato modo. Onde agiscono anche riguardo alla giurisprudenza le leggi dell'inerzia mentale e quelle della ripetizione. I giudicati, ripetendosi sempre nel modo medesimo, vanno a poco a poco determinando una linea di minima resistenza nella coscienza dei magistrati, per cui sorge quella predilezione, che genera il loro grado di autorità. E quest'autorità morale si trasforma in obbligo giuridico quando si manifesta una *opinio juris,* una giuridica convinzione, in forza della quale la serie dei giudicati conformi apparisce come l'espressione del diritto effettivamente praticato.

§ 78. — Fin qui le analogie, ma, accanto ad esse sono le differenze, le quali conferiscono alla giurisprudenza il carattere di fonte indiretta.

La consuetudine è anzi tutto un prodotto delle forze sociali in genere e suppone una specie di funzione legislativa diffusa in tutta la convivenza; la giurisprudenza è invece l'opera di uno speciale potere dello stato. Il processo psichico per cui si genera la giuridica obbligatorietà può essere eguale in ambo i casi (ripetizione, predilezione, autorità, convincimento giuridico) ma sono diversi il modo come si svolge e gli organi in cui si produce.

In secondo luogo poi, la consuetudine si costituisce per mezzo di una serie di atti; la giurisprudenza invece per mezzo

di una serie di deliberazioni e di sentenze; e mentre gli atti sono o possono essere adempiuti da chiunque, in modo da lasciar supporre che tutti li adempiano in quei dati casi, le deliberazioni sono prese da un numero relativamente ristretto e determinato di persone appartenenti a quel dato corpo.

Onde, il convincimento giuridico non presenta il medesimo carattere in entrambi i casi, nè attinge quindi alla medesima sorgente. Nella consuetudine esso viene prodotto dal concorso di tutti o almeno di un numero indeterminato di persone e la ripetizione lo genera direttamente in forza degli atti che essi compiono; nella giurisprudenza invece esso viene prodotto dal concorso di alcuni o almeno di una categoria determinata di persone; e la ripetizione lo genera direttamente di fronte ad esse, ma indirettamente di fronte agli altri. Infatti, quivi la ripetizione serve a fare acquistare autorità alla norma (o per meglio dire, a quel dato modo d'interpretazione della norma) solo di fronte ai giudici. In forza della ripetizione dei giudicati essa diventa autorevole per i giudici e viene quindi da essi considerata come l'interpretazione più conforme al diritto.

Invece di fronte al pubblico essa acquista autorità in forza della convinzione che la magistratura giudicherà sempre a quel modo. Più il giudicato si ripete e più questa convinzione si radica e più la giurisprudenza acquista per il pubblico autorità e forza di legge.

Infine, mentre nel fatto tanto la consuetudine che la giurisprudenza determinano un nuovo diritto, formalmente la consuetudine apparisce come una fonte originaria, la giurisprudenza apparisce invece come una fonte derivata, come una semplice interpretazione del diritto esistente. Ma se alla consuetudine occorre il riconoscimento da parte dello stato per diventare esecutiva, o almeno occorre la presunzione di questo riconoscimento; essa non occorre invece alla giurisprudenza, che, provenendo da un organo dello stato, porta già con sè questo riconoscimento. Una tale differenza non è poi così accentuata come potrebbe apparire sulle prime, poichè il convincimento

giuridico su cui si basa la consuetudine implicitamente racchiude già il riconoscimento.

Da questo paragone possiamo vedere come le forze sociali che determinano la genesi e l'evoluzione del diritto trovino nella consuetudine e nella giurisprudenza due mezzi assai importanti per estrinsecare i loro effetti; ma operano direttamente nella consuetudine e indirettamente (con l'istrumento dei magistrati) nella giurisprudenza. Onde la connessione intima e i rapporti di azione e di reazione che intercedano fra la consuetudine e la giurisprudenza. Così, la consuetudine tende a produrre una giurisprudenza a sè favorevole e cerca in questa la sua conferma, e alla sua volta la giurisprudenza tende a generare una consuetudine corrispondente, per mezzo della quale poi si consolida in modo definitivo.

Ma la giurisprudenza non può essere arrestata in questa sua opera trasformatrice del diritto per mezzo della legge, la quale fissi una volta per sempre le regole della interpretazione? La giurisprudenza infatti non agisce che con l'istrumento dell'interpretazione, quando questo istrumento non potesse venire adoperato che nel modo voluto dalla legge, tutta l'azione della giurisprudenza dovrebbe venire da questa limitata e circoscritta, se non addirittura distrutta. Questo peraltro non può accadere, poichè le regole dell'interpretazione non possono essere che regole formali e dentro le loro formule si può racchiudere il contenuto più vario. Ma possiamo rispondere ancor meglio con le parole del prof. Scialoia:

« Le norme dell'interpretazione sono determinate dalla struttura del corpo politico, al quale la legge appartiene; e specialmente dai rapporti intercedenti fra i cittadini e l'autorità legislativa, tra questa e l'autorità giudiziarie e amministrative. Quali rapporti in generale sono regolati solo parzialmente dal diritto scritto; essi sono determinati più direttamente da quella necessità degli uomini e delle cose, che è la fonte prima del diritto, appartengono a quel diritto tacito, fondamentale, immediata emanazione delle forze sociali ordinate, che con parola oramai tradizionale si può chiamare diritto consuetudinario,

purchè a questa espressione non si connetta l'idea di una *lunga* consuetudine. Tutto il diritto scritto ha la sua base in tale diritto consuetudinario, perchè il diritto che governa le leggi non può essere che essenzialmente consuetudinario. Indi è che le regole dell'interpretazione sono il più delle volte incoscienti e appariscono quasi come il risultato di una generale, logica necessità. Indi è pure che quelle regole mal si adattano ad essere formulate in articoli di legge, ed anche quando si vogliano rivestire della forma di precetti legali, questi praticamente non hanno, come legge, quasi alcun valore, perchè la consuetudine, secondo l'esperienza c'insegna, rivendica tacitamente il suo imperio su tutta questa parte del diritto fondamentale. E chi detterà infatti le regole per l'interpretazione e l'applicazione delle leggi relative all'interpretazione? » (¹).

CONCLUSIONE.

§ 79. — Non ci resta più altro che riassumere e conchiudere.

Con questo scritto ci siamo proposti di cercare quale sia e in che cosa risieda e da quali cause venga determinata la forza obbligatoria della consuetudine giuridica. Ci siamo allora trovati di fronte a teorie che cercano di spiegare questa forza in varî modi, alcune rinvenendola nello stato, altre nella società, per modo che si possono aggruppare tutte in due distinte categorie. Abbiamo veduto quali sono i lati difettosi delle principali, concludendo che la forza obbligatoria della consuetudine non viene interamente spiegata da esse, perchè questi si mettono da punti di vista unilaterali e non connettono la consuetudine con un fenomeno di ordine più generale, di cui essa è soltanto una specie e quindi non penetrano nei sottostrati della convivenza e della coscienza collettiva dove si elaborano i fattori primi del diritto.

Siamo quindi andati cercando questo sottostrato e abbiamo

(¹) *Sulla teoria della interpretazione delle leggi.* Torino 1898, pp. 4-5.

visto essere la consuetudine una forma di abitudine, determinata, come questa, da un processo più o meno lungo di ripetizione. La ripetizione dell'atto la fa sorgere e determina in pari tempo il grado di autorità, che acquista sulle coscienze e induce le persone ad obbedirla.

Come l'abitudine nel campo sociale in genere, la consuetudine esercita una grande funzione nell'economia dei rapporti giuridici in ispecie, in quanto permette, con la concentrazione della forza sociale in un dato punto, la spontanea formazione di determinate coordinazioni di atti, fissandole per tal modo per un tempo determinato, di guisa che esse si possano in seguito compiere senza i continui interventi della volontà sociale.

Ma se le consuetudine è determinata in fondo dalle medesime forze, onde è determinata l'abitudine, bisogna notare subito che queste forze operano quivi in modo speciale e generano l'*opinio juris,* cioè la generale convinzione che quel dato modo di agire sia conforme al diritto positivo quindi accettato e imposto dallo stato. L'*opinio juris* non è una formazione originaria, ma è una formazione derivata dal processo di ripetizione; ma accanto a questa e con essa collegate, quindi collegate anche col processo di ripetizione, sono altre cause secondarie più o meno importanti, alcune delle quali, hanno carattere permanente, come appunto l'origine ignota del primo precedente, l'attrazione del passato, il principio di equità; altre invece hanno carattere mutevole, quali l'elemento religioso, lo spirito di gruppo, l'opinione dei giuristi, la forma scritta, l'azione presunta o effettiva del giudice, e via discorrendo. Ma tutte queste cause operano sulla consuetudine in quanto rinforzano l'autorità dell'*opinio juris* o contribuiscono a determinarla.

Analizzata per tal modo la forza obbligatoria della consuetudine, occorre ricercare ciò che propriamente la differenzia dall'abitudine sociale in genere. Dal punto di vista formale questa differenza è determinata dall'*opinio juris,* cioè più propriamente, dal carattere obbligatorio dell'atto e dalla presunzione che la collettività in genere e in ispecie lo stato siano disposti

a farlo valere, come anche dalla proporzionalità e dalla certezza della sanzione, che lo accompagna. Dal punto di vista materiale la differenza è determinata dall'importanza dei rapporti, cioè dal loro grado di necessità per la coesistenza e lo sviluppo sociale, come anche dalla loro capacità a diventare coattivi, a ricevere un'esterna sanzione.

Dopo ciò si capisce che la base ultima della forza obbligatoria della consuetudine non si deve ricercare esclusimente nella società o nello stato, ma conviene ricercarla in pari tempo nella società e nello stato. Se la consuetudine infatti prende la sua prima origine nella convivenza e s'impernia sull'abitudine sociale, essa non può dirsi effettivamente costituita e perciò differenziata dall'abitudine, se non quando è sorta l'*opinio juris* e con essa la presunzione del riconoscimento da parte dello stato, presunzione accettata dagli organi stessi dello stato. Se essa si obbedisce per forza propria, non si può dire che l'obbedienza spontanea costituisca il suo carattere specifico quale norma di diritto positivo; questo carattere specifico è pur sempre determinato dalla coazione, che proviene appunto dallo stato e che lo stato soltanto può conferire allorchè esso si è costituito quale organizzazione distinta. E infatti soltanto lo stato può rendere esecutiva la consuetudine allorchè essa non viene spontaneamente obbedita. Ciò si spiega pensando che la volontà sociale non si concentra tutta nello stato, mentre si concentra in esso tutta la forza esecutiva della convivenza che implica costrizione per tutti; di modo che occorre sempre l'annuenza dello stato allorchè si tratta di mettere in moto quella forza.

La consuetudine è insomma una formazione sociale che diventa formazione giuridica e viene obbedita, sia per la forza che riceve dalla società che per la forza che riceve dallo stato, ma queste due forze non sono che due manifestazioni di una medesima forza collettiva, che si concentra per mezzo della ripetizione sopra una data categoria di rapporti e ne determina l'obbligatorietà.

Finalmente un paragone con la giurisprudenza ci ha fatto meglio comprendere la natura del processo per mezzo del quale

la consuetudine si forma e il contributo che il giudice può apportare a questa formazione.

§ 89. — Ora possiamo domandarci se le ulteriori evoluzioni del diritto dovranno condurre alla completa scomparsa della consuetudine, il che val quanto dire, sotto un altro aspetto, se faranno cessare l'azione di quelle cause, che rendono giuridicamente obbligatorie certe forme di abitudini.

A giudicare da quello che è finora accaduto, parrebbe non potersi negare una generale tendenza nello sviluppo del diritto a una successiva esclusione della consuetudine. A misura che il diritto si sviluppa, esso tende a diventare più preciso e più certo, mentre tende a specificarsi e a determinarsi meglio l'autorità che lo formula. Sono queste le tendenze originate dai processi di differenziazione e d'integrazione che determinano, dal punto di vista formale, l'evoluzione del diritto.

A queste si aggiunge poi l'altra tendenza al concentramento del legislativo, in forza della quale funzione legislatrice si va sempre più riducendo in organi determinati e ristretti, per cui essa passa, nel fatto, dalle assemblee ai partiti e dai partiti ai comitati e ai capi di essi e quindi a un ristretto numero di funzionari (1).

Queste tendenze sono evidentemente contrarie alla formazione della consuetudine. E così possiamo vedere come essa venga continuamente esclusa e sia stata già in molte parti espulsa dal diritto privato; e come, con i progressi della legislazione, con l'attività crescente del potere legislativo e con la stessa concentrazione di esso in organi speciali e ristretti la legge acquisti una mutabilità e una malleabilità che forse non aveva ancora posseduto, per cui si rende adattabile anche a quei rapporti, che per la loro complessità e mobilità si erano finora sottratti all'azione della legge. Onde sembrerebbe innegabile che con lo sviluppo del diritto si andasse sempre più restringendo il campo della consuetudine.

---

(1) Si veda il mio scritto sul *Gabinetto*. Perugia, 1894, cap. VIII e i miei *Principi di diritto cost.* Milano, 1898, p. 237.

E ciò fino a un certo punto può esser vero, ma ciò non implica che debbano un giorno cessare interamente di agire le cause che determinano la consuetudine. Come in una convivenza non potrà avvenire (dato che gli uomini continuino ad essere quali sono stati finora) che cessino di formarsi le abitudini, così non potrà mai accadere che la consuetudine venga interamente a sparire.

La ripetizione dell'atto tenderà sempre a produrre un concentramento di forze e quindi a fissare certe date forme di coordinazione, come tenderà sempre a far sorgere in certi casi una *opinio juris* per la quale alcune coordinazioni di atti diventeranno effettivamente obbligatorie. E siccome lo stato, appunto perchè organizzazione stabile, non potrà mai combaciare in tutto e per tutto con la convivenza, organizzazione mobile e la volontà sociale non si potrà tutta concentrare in quello, rimarrà sempre un posto alla consuetudine, qualunque esso sia, quale uno dei precipui e più importanti mezzi di conciliazione fra stato e società.

E sopra tutto poi rimarrà la possibilità che la consuetudine possa in un dato momento attaccare la legge, producendo, sia da sola, sia col concorso della giurisprudenza, una più o meno radicale trasformazione del diritto. Per quanto perfetta e progredita la legge non potrà mai adattarsi in tutto e per tutto alle mutevoli e malleabili condizioni sociali, anche perchè negli stati moderni il concentramento del legislativo e l'unificazione delle leggi non sono sempre in armonia col concentramento e con l'unificazione dei bisogni sociali. Onde le società moderne, spinte dalle necessità di adattamento, non potranno non reagire sulla legge, e uno dei modi con cui questa reazione si afferma è appunto la consuetudine.

La consuetudine poi, non solo può agire direttamente, ma può agire indirettamente sulla legge, operando cioè sugli organi onde la legge proviene. L'azione e il funzionamento di tali organi non sono determinati cioè dalla legge soltanto, esse sono in molta parte determinati anche dalle consuetudini che scaturiscono spontanee dalle loro azioni e vengono quindi a re-

golare la loro condotta interna ed esteriore. Per cui l'istesso concentramento del potere legislativo può essere in parte o in tutto opera della consuetudine, come avviene appunto nei moderni stati rappresentativi per una serie di usi determinati dalle necessità della moderna vita pubblica [1].

La consuetudine è quindi una forza che pervade tutto l'organismo del diritto e può far sentire sempre la sua azione, anche quando si crede che essa più non operi, anche quando si crede di averla per sempre bandita con l'intervento diretto, costante degli organi dello stato.

Essa lavora lentamente, di nascosto, nel sottosuolo dei rapporti umani e apparisce poi improvvisa proprio quando si credeva di averle tolto ogni influenza. Ed apparisce sotto nuove forme, ed assume aspetti molteplici e s'infiltra da tutte le parti nell'ordinamento giuridico della società.

Essa è troppo legata con l'economia dello stato e della società, troppo connessa con le necessarie condizioni di esistenza dell'aggregato umano perchè possa interamente sparire dal campo del diritto.

La convivenza e lo stato avranno sempre bisogno di coordinazioni costanti che sorgano spontanee per opera della ripetizione, che acquistino autorità e si facciano rispettare e in certi casi assumano quella forza che vale a renderle giuridicamente obbligatorie.

---

[1] Si vedano i due scritti sopra citati.

INDICE



ERRATA - CORRIGE

Errori		*Correzioni*
Pag. 40, linea 26:		
« le intere azioni »	—	le inter - azioni
Pag. 50, linea 10:		
« nelle dottrine dei partiti ecc. »	—	nelle dottrine dei partiti conservatori, come nelle dottrine dei partiti ecc.
Pag. 72, linea 5:		
« Cioè a dire la forza sociale divenuta forza giuridica »	—	Cioè a dire la forza sociale diventa forza giuridica
Pag. 113, linea 22:		
« Ciò che contribuisce direttamente nella sua autorità »	—	Ciò che contribuisce direttamente alla sua autorità
Pag. 141, linee 31 e 35:		
« diventa una conseguenza diretta e mediata »	—	diventa una conseguenza indiretta e mediata
Pag. 143, linee 19 e 20:		
« osservato dalla consuetudine »	—	osservato della consuetudine
Pag. 145, linee 7 e 8:		
« dalla convinzione »	—	la convinzione
Pag. 154, linea 14:		
« Comunque sia peraltro, in forza della stessa legge »	—	Comunque sia peraltro, per opera della stessa legge
Pag. 186, linea 17:		
« in forza della quale funzione legislatrice »	—	in forza della quale la funzione legislatrice.

ANNALI DELL' UNIVERSITA DI PERUGIA

PUBBLICAZIONI PERIODICHE

DELLA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

NUOVA SERIE

VOLUME IX. — FASCICOLO 4.°

(Delegato per la pubblicazione il prof. U. SCALVANTI)



PERUGIA
UNIONE TIPOGRAFICA COOPERATIVA
(GIÀ DITTA BONCOMPAGNI)
1899

di conforto e di sostegno in questa via aspra e forte, cui pochi piaceri abbellano oltre quello calmo e sereno, che dà il culto, sia pure modestissimo, della scienza.

Questi sentimenti io presento a Voi; e dalla speranza che ancor mi arride all'anima, che Voi non vorrete lasciarli cadere in vano, traggo gli auspicî.

A voi, giovani, la mia prima parola suoni un affettuoso saluto! Ricordate sempre che tutto quanto so e posso è vostro, e che la mia più viva aspirazione è d'essere in mezzo a voi un fratello, un amico. Insieme al vostro affetto mi darebbe la felicità la sola speranza di poter trasfondere in voi un po' di quella passione, che mi anima per questa nobilissima, come io penso, fra le provincie del Diritto; mi darebbe la felicità il pensiero di contribuire, secondo le mie debolissime forze consentono, ad operare in voi e per voi quella trasformazione nella comune coscienza, dalla quale la civiltà attende la risoluzione dei suoi più complessi ed elevati problemi. Ai nostri giorni infatti lo studio del Diritto Internazionale non può essere riguardato come uno studio aristocratico destinato esclusivamente alla formazione dell'uomo politico e del diplomatico; esso fa giustamente parte dell'educazione generale, perchè da un lato costituisce un'ammirevole preparazione ai doveri civili, essendo la sua conoscenza necessaria a chiunque contribuisca a determinare la linea di condotta del suo paese, per ciò stesso che partecipa allo sviluppo della pubblica opinione, mentre dall'altro tende a rendere matura nella coscienza universale e ad avvicinare con ciò alla realizzazione concreta, l'idea di una più giusta e pacifica convivenza internazionale, dalla quale i popoli attendono tanta parte della loro felicità. — Permettetemi ch'io oggi m'intrattenga alquanto con voi nel chiarire ed illustrare queste affermazioni, che mentre possono ricollegarsi ad un problema vecchio ed ormai risolto, qual'è quello attinente al metodo ed all'indirizzo dei nostri studî, segnano al tempo stesso uno sviluppo nuovo e generalmente più intuito che con ragione avvertito e spiegato dai cultori del Diritto Internazionale.



Dei pensatori eminenti, ai quali la scienza e l'umanità sono grandemente debitrici, non hanno voluto vedere nel Diritto Internazionale che il diritto naturale applicato ai rapporti fra gli Stati. Pufendorff e sopratutto i suoi seguaci, pensando di trovare nella ragione la verità assoluta, persero di vista la realtà; i loro sistemi rigidi, assoluti ed immutabili, dedotti mediante un processo logico da principî puramente speculativi, dovevano per necessità infrangersi contro le trasformazioni perenni della vita sociale. Da un tale indirizzo, che conserva i suoi aderenti anche ai nostri giorni ed ha senza dubbio la sua legittimazione storica, un solo insegnamento mi pare possa dedursi — per quanto in via indiretta — ed è, che anche la disciplina delle relazioni fra gli Stati non possa andare disgiunta dalla conoscenza dell'indirizzo predominante in un dato periodo nel pensiero filosofico, che come la più alta fra le manifestazioni dello spirito umano ha la sua ripercussione potente in tutte le forme di attività sociale. Se si prescinde da tale insegnamento, la cui esecuzione d'altronde per la sua intrinseca difficoltà viene troppe volte trascurata, nonostante la genialità e l'importanza effettiva delle indagini che essa impone, il carattere positivista domina attualmente nella scienza e nella letteratura del diritto delle genti. Di ciò la base fondamentale sta nell'esistenza di una coscienza giuridica comune fra i popoli, la quale si svolge, si modifica e si perfeziona a seconda che si svolgono, si modificano e si perfezionano le mutue relazioni fra gli Stati. In questa comunione intellettuale è la genesi delle norme di convivenza internazionale e del loro carattere giuridico; nello sviluppo e nella generalizzazione individuale di tale comunione sta la forza generatrice di ogni progresso nei rapporti internazionali.

Uno dei più acuti e profondi scrittori inglesi, John Westlake, ha dato a questi concetti uno sviluppo ed una determinazione specifica tali che merita si fermi alquanto su di lui la nostra attenzione. L'originalità e l'importanza del suo pensiero per noi sta nell'essere egli sceso a considerare nella pubblica opi-

nione l'espressione concreta di quell'ente astratto, che è la comunione di coscienza giuridica fra i popoli civili. Lo studio della storia gli mostra come lo sviluppo dell'opinione si sia trovato mischiato ai cambiamenti avvenuti nelle relazioni internazionali; e l'indagine scientifica, perseguita sempre col metodo storico, viene da lui rivolta in via primordiale a rintracciare le manifestazioni della pubblica opinione nei rapporti internazionali, nonchè il grado di forza e di autorità di queste manifestazioni. Lo studio della pratica e quello dell'opinione sono i due cardini, sui quali poggia il suo indirizzo positivo; il secondo dei due anzi è il solo, al quale in alcuni casi possa ricorrersi, quando manchi la pratica o quando si sia convinti che, in virtù di una modificazione nell'opinione, una pratica antica ha cessato di essere circondata dalla persuasione generale, che essa costituisce un diritto suscettibile di costringimento, persuasione senza la quale diritto veramente non esiste. Tutto ciò scaturisce dal principio che il consenso è la fonte immediata del Diritto Internazionale, che il consenso è la sola autorità capace di stabilire delle regole in mezzo agli Stati, che si trovano uniti insieme in un rapporto puramente sociale. Il valore di questo consenso bisogna poi porre in rapporto col concetto che la società internazionale è una società necessaria, corrispondendo ad un bisogno dell'umanità generalmente riconosciuto; onde, quando una delle regole di questa società è invocata contro uno Stato, non è necessario mostrare che lo Stato di cui si tratta ha riconosciuto la regola, basta provare che l'accordo generale dell'opinione nei paesi di civiltà europea è in favore della regola. — Il carattere giuridico alle norme internazionali viene attribuito dal sentimento comune, che si potrebbe per farle valere ricorrere alla forza; quando questo sentimento nella società degli Stati riguardo ad alcuni principî non è nè profondamente sentito nè fortemente diffuso, i principî stessi sono sulla via di divenire principî giuridici, ma non sono attualmente che principî morali. Infine da questo sistema deriva anche la sanzione del Diritto Internazionale, giacchè lo Stato leso reagendo colla forza riceve dagli altri Stati un appoggio

morale, risultante dal fatto che essi riconoscono che il suo ricorso alle armi è l'esercizio di un diritto; senza contare che ormai gl'interessi degli Stati si congiungono e s'intrecciano in guisa, che generalmente in poco tempo lo Stato offensore si accorge a suo danno che la sua condotta gli ha alienato le simpatie degli altri Stati.

Procuriamo di illustrare questi concetti, che per la loro accentuazione, se non per la loro sostanza, può dirsi costituiscano un indirizzo nuovo nel metodo di studio del Diritto Internazionale in genere e dei suoi singoli istituti in ispecie; procuriamo di vedere quale base positiva quest'indirizzo abbia nello svolgimento attuale delle relazioni fra gli Stati, quanto di forza e di autorità razionale possa accordarsi alle manifestazioni della pubblica opinione nei fatti della politica internazionale e nella formazione delle regole giuridiche di convivenza internazionale, e quanta parte infine abbia o possa avere l'elemento individuale nelle origini e nell'incremento di questa pubblica opinione.



È una cosa assai facile, concretandosi in una pura constatazione di fatto, il dimostrare l'importanza somma, che ha assunto ai nostri giorni la pubblica opinione nello svolgimento della politica esterna. E più di cento dimostrazioni valgono le tipiche frasi, che recentemente pronunciava in un'occasione solenne un sovrano, che si compiace di far spesso richiamo al diritto divino e che trae i suoi modelli dai più grandi autocrati del passato. Ben forte infatti dev'essere quell'influsso dei tempi nuovi, che all'Imperatore Guglielmo II fece notare *con profondo dolore* i lenti progressi fatti dai Tedeschi nell'intelligenza politica per le grandi questioni internazionali, e confessare che tutti i suoi sforzi, anche inusati e difficili, non porteranno ad alcun risultato se dietro di lui non stiano tutti i Tedeschi fermi ed uniti. Le cause di tale rivolgimento storico stanno essenzialmente nello sviluppo dell'istruzione, nella libertà di stampa e sopratutto nell'introduzione del sistema parlamentare; e l'im-

portanza specifica della pubblica opinione nei rapporti internazionali non è che una necessaria conseguenza di quella più generale e comprensiva riguardante l'influenza della pubblica opinione nell'attuazione della politica generale dello Stato. In Europa ogni nazione ha il suo parlamento, che accentra o per finzione giuridica crede accentrare i desiderî del popolo, secondo le norme della rappresentanza; e se al parlamento non è sempre consentita un'azione decisiva sui fatti della politica estera, mille modi ha la pubblica opinione per manifestarsi ed imporsi al governo. Ma nessun paese del nostro vecchio mondo può dirsi che abbia un regime così radicalmente fondato sulla pubblica opinione, come gli Stati Uniti d'America. « Colà, notava recentemente nelle pagine della *Nuova Antologia* un acuto osservatore, che aveva presenziato allo spettacolo della guerra colla Spagna, colà il Congresso non è la nazione e non pretende di esserlo: ma continuamente, dì per dì, ora per ora, o dalla stampa o dalle pubbliche e private riunioni o dai rapporti dei grandi elettori tenta discernere il fluttuare della volontà di essa e segna con cura matematica ogni novella polarizzazione dei giudizî dei minimi gruppi, ansiosamente ». E appunto quest'ansia di conoscere l'opinione pubblica, l'orgasmo di non saperne interpetrare e pesare le mille espressioni, insieme all'idea decisa di farne l'unica guida nella grande politica dell'Unione, rendono spiegabile, come altrimenti non si potrebbe, i varî e successivi momenti della linea di condotta del sommo potere esecutivo nell'ultima guerra. Non saprei se si possa completamente convenire coll'Ojetti, al quale pare di riconoscere nelle masse americane una serietà, una indipendenza ed una continuità di giudizio, delle quali nemmeno l'Inghilterra in condizioni simili potrebbe dare esempio sufficiente al confronto; ma non è dubbio che un popolo, il quale sia capace di dare così imponenti manifestazioni di pensiero e di sentimenti collettivi, abbia il diritto di vedersi governato come è attualmente il popolo americano.

Senonchè per noi presentano un interesse indiretto le manifestazioni anche grandiose dello spirito nazionale in rapporto a

grandi avvenimenti, che toccano le fibre sensibilissime del patriottismo, quale fu appunto il delirio bellicoso, che invase tutta quanta la società americana all'epoca della guerra con la Spagna, l'altro che infiammando le Grecia contro la Turchia trascinò la dinastia e il governo in una lotta sfortunata, e l'altro ancora, in preda al quale si trova attualmente l'Inghilterra contro il disgraziato paese dei Boeri. Questi ed altri esempi, che la storia anche non recente registra, di imperioso affermarsi di collettività nazionali sul modo di essere dei rapporti fra Stati, per quanto possano avere avuto un'influenza eccedente i limiti morali e geografici dei popoli presso i quali sorsero, non possono essere da noi considerati se non come il principio, da cui muove l'azione dell'opinione pubblica internazionale. Dall'interessamento infatti, che un popolo generalmente prende allo sviluppo e alla risoluzione delle questioni che segnano la via al suo destino in mezzo agli altri popoli, all'interessamento che esso può prendere e spesso prende allo svolgersi dei fatti internazionali, che non l'interessano in modo diretto, il passo è breve e logico, data la grande rapidità e sicurezza delle notizie che oggi pervengono da tutto il mondo, il progresso della cultura e sopratutto la grande capacità di ripercussione, che hanno attualmente acquistato i fatti internazionali.

Ormai in ciascuno Stato il pensiero, il giudizio, la critica si estendono nelle loro poderose e temute estrinsecazioni collettive oltre assai i confini geografici dello Stato stesso e contribuiscono a formare quell'opinione pubblica internazionale, che decisamente può riguardarsi come il tribunale supremo dei popoli. In tal guisa la vita internazionale ci presenta oggi uno spettacolo analogo e non meno confortante di quello che ci offre la vita sociale. Tutti sanno qual grande coefficiente sociale sia la pubblica opinione, dalle cui sanzioni gl'individui sono talvolta distolti dal compiere certe azioni più che non dalle positive sanzioni della legge; se non così chiaramente avvertita, non è meno sicura ed energica l'azione inibente, che spesso l'opinione pubblica internazionale esercita sui governi, i quali assai spesso si lascerebbero trascinare ad avventure o dalle esage-

razioni dello spirito nazionale o dagli avvedimenti politici puramente utilitari, se non subissero loro malgrado l'influsso dell'opinione generale presso gli altri popoli. È così che si va sempre rafforzando nelle potenze un sentimento, che per analogia al rispetto umano potrebbe chiamarsi di rispetto internazionale, un sentimento che vieta di gettare la guerra nel mondo se non vi sia una necessità impellente, assoluta, nel pensiero di *quello che diranno gli altri.*

Mai come oggi è apparso così acuto e vivace nei due contendenti al principio di una lotta il bisogno di mostrare agli altri di essere ciascuno dalla parte della ragione. Pare che ciò sia conforto, sostegno, auspicio nella contesa. Non basta che lo Stato direttamente impegnato sappia e senta che la sua è una causa giusta; occorre che di tale giustezza gli altri siano partecipi e convinti. Nè sono sufficienti a tal uopo l'opera della stampa politica e quella di pubblicisti atti a dare alla difesa del proprio paese veste ed atteggiamenti scientifici; occorrono delle difese ufficiali provenienti dagli stessi gabinetti, che in note diplomatiche diramate a tutte le potenze sostengono ciascuno la giustizia del proprio assunto, cercando in pari tempo di gettare addosso all'altro la responsabilità della situazione. Così si è visto recentemente da parte della Grecia e della Turchia; le quali per lungo tempo stettero l'una contro l'altra armate ma con le armi al piede, aspettando per cominciare le ostilità che da parte di una si fosse commesso alcun atto, che potesse essere preso per provocazione, perchè su di questa l'altra potesse di fronte alle potenze gettare la responsabilità della guerra.

Se si vuole risalire ad una storia non antica e per noi gloriosa, si può ricordare la guerra della nostra indipendenza, che fu con ardire e fortuna mirabili preparata dal Cavour. Tutti sanno con quanta cura sapiente e paziente l'insigne uomo di Stato lavorasse per attrarre in favore della causa italiana la simpatia della parte più colta di Europa, oltrechè l'aiuto materiale del forte impero napoleonico. E la storia di allora, che ormai non ha più segreti, narra dei modi usati da lui per creare in Europa un ambiente di pubblica opinione a noi favorevole e

come egli prendesse a suo servigio in Italia e fuori d'Italia quella potente direttrice della pubblica opinione, che è la stampa periodica. Ed era cosa onesta e lecita; nè le modernissime baratterie possono far cambiare di avviso. Noi non possiamo simpatizzare per quello che non conosciamo e nel tumulto della nostra vita moderna è difficile trovare il tempo per informarsi esattamente di tutte le questioni; è dunque necessario che ci si illumini sulla causa, sulla quale è bene che la pubblica opinione dei popoli civili si manifesti. Tutte le nazioni giovani e non ancora completamente emancipate hanno adottato e adottano lo stesso sistema. Dovunque è un'oppressione da combattere, una rivendicazione da compiere, si cerca, ed a ragione, di destare le simpatie e l'interessamento della pubblica opinione europea, la quale più di una volta ha finito coll'imporsi. Un esempio recentissimo ci offre la Finlandia, le cui secolari autonomie furono d'un tratto di penna cancellate dalla stessa mano, che aveva poco prima firmato i proclami per la pace così pieni d'ideale, così ispirati al santo amore della giustizia fra i popoli. Svaniti tutti i mezzi legali interni per poter conservare le antiche loro libertà, i Finlandesi pensarono di provocare da parte dell'Europa una specie di plebiscito intellettuale a favore della loro causa; e un loro delegato, che è un coltissimo pubblicista e un insigne patriota, girò l'Europa in pietoso pellegrinaggio per raccogliere di quanti avessero un nome nelle scienze, nelle arti, nella politica le adesioni ad un indirizzo da presentare allo Czar in nome dell'Europa colta reclamante il rispetto alla coscienza nazionale della Finlandia. Ma purtroppo non si può dire che questo sia stato uno di quei casi, in cui l'opinione pubblica, sia pure manifestata in modo così ristretto ed aristocratico, abbia valso a far trionfare la causa della giustizia.

∴

« Ogni società umana — così il Gabba — ha un patrimonio di convinzioni, che alimentano la sua vita morale, contraddistin-

guono il suo incivilimento e formano come un ambiente o atmosfera, in cui vivono ed operano le istituzioni che la sostengono ». Ogni popolo, si direbbe con frase moderna, ha la sua psicologia, che esprime le particolari sue note sentimentali e intellettive in un dato momento storico. In tutta la sua esistenza e come società e come ente politico si riscontra quel fenomeno, più volte osservato dai filosofi e dagli storici, per il quale sembra che nella vita dei popoli il predominio di un certo indirizzo nella speculazione tragga con sè qualche cosa di correlativo nel dominio delle azioni e dei fatti. Senonchè la somma dei sentimenti specifici di un dato popolo, i quali ne segnano la linea di condotta anche nei rapporti cogli altri, non può avere per sè sola considerata che un'importanza del tutto relativa di fronte ad un diritto, che pretende di regolare i rapporti di tutti gli Stati sulla base della giustizia e dell'uguaglianza; e in questo senso ha pienamente ragione un insigne giurista francese, il Desjardins, quando, dopo aver lanciato i più acuti strali di una critica profonda ed arguta contro i sostenitori della dottrina di Monroe, afferma che il Diritto Internazionale non deve aver riguardo alle psicologie particolari, sulle cui ruine esso appunto si è fondato sostituendo ai capricci e ai pregiudizi di ciascun popolo un insieme di regole comuni. A questo proposito giova insistere su quanto risulta, almeno implicitamente, da quello che abbiamo già innanzi detto, sul fatto cioè che alla pubblica opinione di un dato paese serve assai spesso di correttivo e di moderatore la pubblica opinione internazionale, quale risultante delle note sentimentali ed intellettive fondamentali umane. La prima infatti è troppo esclusivista, troppo parziale, troppo ispirata a particolari interessi e sentimenti, che possono essere in conflitto con quelli propri agli altri popoli; l'altra più generale, più imparziale, superiore di criterio e di senno.

Quando si riferisce a questioni giuridiche internazionali, che non riguardano in modo diretto gl'interessi del paese, l'opinione pubblica particolare può raggiungere delle altezze ideali, che talora è assai difficile riscontrare persino nell'opinione pubblica universale, e può servire di principio ed incentivo al perfezio-

namento della comune coscienza, che solo rende possibile e duraturo il miglioramento degl'istituti internazionali. Un esempio particolarmente suggestivo possiamo trovare nella Francia, una nazione (come, con un po' forse di esagerazione patriottica, scrive il Fouillée) che ha proclamato non solo i diritti dell'uomo, ma anche i diritti dei popoli e che ha risentito le ingiustizie sofferte dalle altre nazioni altrettanto e qualche volta più che non quelle di cui essa stessa soffriva; un paese in cui la folla, troppo imprevidente, si appassionava meno per i suoi propri affari che per i diritti della Polonia, della Grecia, dell'Irlanda, della Venezia oppresse: — la sua tradizione è in questa preoccupazione della giustizia per tutti, talora spinta sino a un dannoso oblìo di se stessa e dei suoi legittimi interessi; il carattere originale della sua storia, la sola che si trovi mescolata alla storia di tutte le grandi nazioni, consiste in questa parte preponderante presa allo sviluppo dell'umanità moderna, in questa iniziativa progressiva degli altri popoli all'idea di un diritto nuovo.

Non so veramente se noi Italiani possiamo sottoscrivere a quanto il Fouillée dice circa il costante disinteresse mostrato dalla Francia nel soccorrere i popoli oppressi, paga nella sua coscienza di perseguire un'idea felicemente innata nel suo spirito nazionale; e non so neppure se alla modernissima Francia possa in tutto adattarsi la splendida pagina psicologica, che vi ho testè a rapidi tocchi riassunto. So invece che la derelitta Italia, rifatta nazione, troppe volte si è dovuta dolere, per i danni che le incolsero, di essere stata nel congresso delle potenze disinteressata quanto strenua sostenitrice delle pure ragioni del diritto, e che sangue italiano, spontaneamente offerto per una causa non propria, sangue italiano e non straniero fu quello or non è molto versato nel sacro suolo di Grecia. Splendido modo invero di manifestazione di una grande coscienza collettiva in fatti internazionali, che non toccano il proprio paese!

E guardate le piccole nazioni d'Europa, guardate il Belgio, l'Olanda, la Svizzera: il Belgio e l'Olanda, a cui la coscienza giuridica raffinata permette di essere autori o fautori di tutte

le iniziative feconde di pace e di ordinata convivenza internazionale; la Svizzera, a cui spetta l'onore di aver preso, in nome della giustizia e della solidarietà umana, l'iniziativa di un movimento di protesta della coscienza del mondo civile negli ultimi tristi fatti della questione Orientale. Di essi parlando alla Conferenza interparlamentare di Bruxelles del 1895, il conte Apponyi li chiamava giustamente *grandi anime di nazioni in piccoli corpi;* « ed ecco, aggiungeva, il fenomeno che si produce: questi corpi troppo piccoli per quelle anime non possono assorbirne tutte le facoltà, tutte le energie, tutti gli slanci; resta un eccesso di forza, che si mette generosamente a servizio di tutti i grandi interessi e delle migliori aspirazioni dell'umanità ».

La storia del progresso dei rapporti internazionali ci dà modo di constatare quanta idealità sia racchiusa nell'anima di quella, che era vezzo dei padri dei nostri padri chiamare *perfida Albione*, e come tutte le grandi cause umanitarie abbiano avuto nel suo cuore un'eco potente ed operosa. Riandando le tristi e fortunose vicende, che dalla scoperta dell'America in poi ha subìto il commercio degli schiavi — questo flagello, come si espresse il congresso di Vienna del 1815, che ha per sì lungo tempo desolato l'Africa, degradato l'Europa ed afflitto l'umanità — noi possiamo trovare in Francia, in Spagna, negli Stati Uniti dei filosofi e dei filantropi cristiani, che abbiano impiegato tutte le forze della loro mente e tutte le possibili energie di una propaganda nobilissima contro la tratta; ma bisogna fermarsi all'Inghilterra per trovare un grandioso movimento nell'opinione pubblica di tutto un paese, movimento che felicemente riuscì a conquistare il governo ed il parlamento e ad espandersi presso gli altri popoli. Ed è all'Inghilterra che si deve, se la proibizione della tratta fa ora parte del dominio internazionale; è grazie alla sua azione persistente ed energica che diversi atti collettivi e numerose convenzioni speciali hanno costituito ed organizzato un sistema di prevenzione e repressione dell'odioso mercato. È difficile trovare nella storia della nostra scienza un esempio più saliente e al tempo stesso più confortante dell'influsso, che la pubblica opi-

nione abbia avuto nella creazione o nel perfezionamento di un istituto del Diritto Internazionale. Esso prova come le grandi idee siano dotate di una forza comunicativa loro propria, che le rende atte ad espandersi rapidamente da popolo a popolo, e come per una ragione insita nelle leggi dinamiche del pensiero umano esse siano poi irresistibilmente condotte alla pratica effettuazione.

Su queste idee, grandi e semplici, nelle quali tanta parte è contenuta della forza operante il progresso nelle relazioni fra gli Stati, è assai più facile e proficuo che si formi e s'imponga l'opinione pubblica internazionale. A tal proposito è per noi particolarmente suggestiva la storia della questione di Oriente, che tanto sangue ha fatto versare sui campi di battaglia e nelle vie cittadine e tanto inchiostro consumare in note diplomatiche e in opere di pubblicisti. Essa infatti non è altro che l'illustrazione di questo tema: l'idea direttiva dell'intervento sistematico praticato dalle potenze europee negli affari dell'impero ottomano, è l'idea di civiltà e di umanità, la quale presenta lo spettacolo, in alcuni tratti veramente grandioso, di una voce e di un'azione concordi, che sorgono da tutta l'Europa cristiana. La liberazione della Grecia dal giogo mussulmano, dovuta all'opera dell'Inghilterra, della Francia e della Russia, si può considerare come la prima grande vittoria del sentimento collettivo dei popoli, il quale ebbe la migliore affermazione in Inghilterra, la cui politica riceveva glorioso impulso dal Canning.

Quasi mezzo secolo dopo le atrocità bulgare, che la stampa inglese e francese ebbe il merito di denunciare all'Europa, sollevarono dovunque alte grida d'indignazione, che salirono fino ai governanti e li trascinarono. Così nel maggio 1876, quando l'Inghilterra si staccò dalle altre potenze non aderendo alla loro politica d'intervento attivo in Turchia, il pubblico inglese sorse in una grande e spontanea protesta collettiva, non determinata davvero da altra pressione se non da quella della coscienza nazionale, e alla testa della quale si trovavano uomini come Gladstone, lord Russel, lord Granville, Bright, Fawcet, Lowe, e tanti altri. Il gabinetto presieduto dal Disraeli, sotto l'influenza di

tali dimostrazioni imponenti, cambiò prontamente politica. In Italia, dove il governo non s'era mai allontanato dal concerto europeo, il presidente del Consiglio onorevole Depretis, parlando nell'ottobre 1876 ai suoi elettori di Stradella, diceva: « Nessuno può dimenticare gli esempi recenti, i quali dimostrano come la pietà, l'equità, l'indignazione irresistibile della coscienza umana contro delle barbare violenze possono imporsi come una legge ed una necessità morale anche alle tradizioni della diplomazia ed ai freddi calcoli degl'interessi politici ». La condizione dello spirito pubblico di Russia di fronte ai massacri turchi fu più volte affermata dal principe Gortschakow e motivata dal sentimento cristiano molto profondo nel popolo russo e dai legami di fede e di razza, che l'uniscono ad una gran parte delle popolazioni cristiane della Turchia.

I massacri di Armenia destarono di soprassalto l'Europa, che si trovava cullata in logomachie diplomatiche, destinate a mascherare le esitanze, le gelosie, le mire egoistiche delle varie potenze. L'opiniône pubblica inglese sopratutto si commosse, cercando d'influire sulle deliberazioni del governo, al quale nel dicembre 1894 venne presentato un lungo pro-memoria dell'Associazione Anglo-armena, di cui fanno parte le personalità più eminenti del parlamento e della società inglese. Mentre in Inghilterra si moltiplicavano i *meetings* e la stampa di tutti i paesi unanimemente chiedeva ai propri governi di essere energici, scoppiarono dei disordini a Costantinopoli e in maggior misura si rinnovarono le distruzioni in Armenia; ma purtroppo i governi furono sordi alle voci dei popoli, che loro additavano tanto sangue innocente versato e tanta opera vandalica di distruzione compiuta, e rimasero inerti per timore che dalle misure energiche, sole atte a ristabilire l'ordine, non sorgesse la scintilla di una generale conflagrazione.

Se durante la rivoluzione di Candia e la guerra turco-greca, che sono l'ultimo grande episodio della questione d'Oriente, le grandi potenze, assunta la legale rappresentanza delle idee e delle aspirazioni di tutta Europa, ne restrinsero la portata nei brevi limiti consentiti dalla comunanza degl'interessi politici,

non può farsi una colpa all'opinione pubblica europea, che non mancò di energia nelle sue manifestazioni. Chi prendesse la briga di scorrere i volumi di documenti diplomatici pubblicati da alcune potenze sulla questione cretese e sulla guerra turco-greca, assai facilmente troverebbe in essi rispecchiati lo stato e le manifestazioni dello spirito pubblico, la cui influenza non è resa meno sensibile per essere poco appariscente e poco confessata dai governanti. La proposta del blocco di Candia, fatta dall'Austria e subito accettata a Berlino e a Pietroburgo, trovò invincibili ripugnanze a Londra, a Parigi, a Roma, per la viva simpatia che ivi destava la causa greca. Gli stessi gabinetti si opposero più tardi al blocco dei porti greci proposto dalla Germania. Il ministro Visconti-Venosta, pur senza mostrarsi risolutamente contrario ove intervenisse il consenso di tutte le potenze, non nascondeva la sua ripugnanza per l'odiosa misura e chiaramente esponeva la ripugnanza del sentimento italiano, da cui emanavano così profonde ed attive le simpatie per la Grecia. Non altrimenti all'opinione pubblica dei rispettivi paesi s'ispiravano le risposte dei ministri Salisbury e Hanotaux. Dal momento in cui avvenne la rottura delle ostilità, la preoccupazione massima delle nazioni che più simpatizzavano per la Grecia, si fu che le potenze s'interponessero per metter fine ad una guerra, che per la impreparazione dei Greci, per la loro inabilità e per la sproporzione delle forze si comprendeva sin dal principio come dovesse avere per questi un esito fatale. Su tal punto l'azione delle potenze fu in perfetto accordo col sentimento dei popoli e al tempo stesso la sola volta, in cui essa abbia portato degli effetti veramente benefici.

Da questa storia, che io ho percorsa rapidamente a volo, molti insegnamenti possono trarsi in rapporto allo sviluppo della politica internazionale, ma a noi preme soltanto di rilevare come la coscienza universale si sia risolutamente affermata per l'adozione in forma collettiva del vecchio istituto dell'intervento, che è stato ad un tempo oggetto di tanti abusi nella pratica e di così assolute condanne nella teoria, volgendolo alla tutela dei supremi interessi dell'umanità. L'introduzione di questo ele-

mento nuovo nella vita internazionale, che il sentimento comune dei popoli civili trasse dal rinnovarsi con dolorosa persistenza di oltraggi all'umanità, fu per meno nobili intenti politici snaturato dalla diplomazia delle grandi potenze fino al punto di rivolgerlo piuttosto contro il debole e l'oppresso che non contro il forte oppressore. E ancora una volta la comune coscienza insorse contro il soverchiare della politica egoistica e con un dileggio, che sta per divenire proverbiale, bollò le *rivalità moriture d'una decrepita diplomazia*, dimostratasi incapace di comprendere e di seguire lo spirito dei tempi nuovi. Nè la speranza di un rinnovamento *ha fior del verde*. Onde facilmente si spiega, come dopo i primi ed impulsivi entusiasmi il gran pubblico d'Europa abbia accolto con freddezza e scetticismo un così solenne convegno come quello dell'Aja, che pure — come si espresse il nostro Fiore in una delle sue splendide conferenze tenute nella primavera decorsa a Bruxelles — « è senza dubbio un omaggio del più alto valore, che la politica rende alla cultura e alla civiltà ».

L'idealità della pace, così antica e persistente nella storia delle società umane, ha avuto nel nostro secolo un notevolissimo impulso non solo nel campo della pura speculazione, ma anche e forse più in quello della pratica, mediante i temperamenti del diritto di guerra, la diminuzione delle cause di conflitti armati e l'adozione crescente dell'arbitrato; ma la particolarità ai nostri tempi degna di maggior nota sta nell'essere il sentimento della pace cresciuto in diffusione e in coscienza. Non è più ora l'idea mistica, che ispiri profeti od apostoli o desti ristretti e passeggeri, per quanto impetuosi, slanci collettivi di odio contro l'uso della forza; non la solitaria declamazione, che il pensiero filosofico e più il sentimento umanitario dettano ai filantropi; non il movimento naturale di reazione, che incoglie l'anima dei popoli disgustati e stanchi dopo un lungo periodo di guerra; — ora è un movimento cosciente e riflesso, che penetra addentro nell'anima di tutte le nazioni; è una convinzione nuova, che assurge all'altezza di una dimostrazione positiva nei filosofi e negli economisti ed è nelle masse

pensiero fecondo ed operoso. Il movimento odierno verso la pace, per la sua estensione, la sua profondità e la sua continuità, è senza dubbio il fenomeno più grandioso, che possa presentarci la storia della pubblica opinione nelle grandi questioni internazionali. Basti pensare all'attività delle associazioni pacifiche, che da circa un secolo sorsero in America e di là poi si diffusero rapidamente nelle altre parti del mondo, superando in numero il centinaio, e alle manifestazioni parlamentari di quasi tutti i grandi Stati di Europa e d'America, che hanno assunto una forma permanente nell' *Union interparlamentaire* avente sede a Berna.

Il mio illustre maestro, il prof. Catellani dell' Università di Padova, così egregiamente avvertiva le cause di tale imponente movimento moderno: « La maggiore rapidità dei mezzi di comunicazione, di trasporto e di scambio, il diffondersi di un patrimonio di idee e di coltura comune a tutti i paesi civili, il sostituirsi di un mercato mondiale ai varî mercati continentali, e la solidarietà economica del mondo che ne conseguiva, l'affermarsi della sovranità popolare e del controllo parlamentare, il prevalere dell' individualismo, il culto del benessere materiale, la considerazione dell'elemento economico sempre più trascendente nella vita degl' individui e dei popoli, quella degli altri elementi d'esistenza e di progresso, il diffondersi d' un sentimento cosmopolita ispirato dall'idea astratta dell' *uomo* considerato nel mondo anzichè nelle singole aggregazioni umane; tutto ciò ha contribuito a dare nella vita morale del nostro secolo all' idea della pace un' influenza ed uno sviluppo, che prima non aveva potuto raggiungere mai ». — Questa influenza e questo sviluppo, i quali derivano già da una modificazione dello stato di coscienza di fronte al grande problema della convivenza internazionale, molti altri gradi di perfezionamento devono però raggiungere prima di arrivare ad un trionfo che possa presentare i caratteri di definitivo. Tale perfezionamento, che ha origine da cause *reali* e da cause *ideali*, consistenti le prime in quella maggiormente cementata solidarietà d' interessi, che faranno apparire la pace, con evidenza sempre maggiore, co-

me una necessità, e le seconde in una intima e profonda riforma morale, che incominciando da tutti i rapporti sociali dia naturale impero ai principî di giustizia; — tale perfezionamento deve essere la base essenziale di ogni accordo scritto, che altrimenti non tarderebbe a mostrarsi vano nei suoi effetti. Una condizione indispensabile poi perchè quel primordiale perfezionamento possa raggiungersi, si è che i due elementi, ond'esso si compone, sieno concomitanti nelle fasi del loro sviluppo: in particolare la deficienza dell'elemento ideale non potrebbe per nulla ritenersi compensata puramente e semplicemente da un'attiva e diffusa, quale ora si fa, propaganda della pace, la quale anzi nelle attuali condizioni internazionali cela gravissimi pericoli, insegnando un cosmopolitismo, che distrugge l'ideale patriottico e ammorbidisce il carattere nazionale. E però io vi addito come ammonimento, degno della più alta meditazione, quello che in pagine eloquenti rivolgeva agl'Italiani lo scrittore che vi ho testè citato, nel suo libro recentissimo sulle *Realtà ed utopie della pace*. Nel precisare da un lato i fini ed i limiti della propaganda pacifica, perchè essa non valga a compromettere l'avvenire nazionale, e nel cooperare dall'altro nell'interno di ciascuno Stato all'affinamento della coscienza giuridica e morale del popolo, sta l'arduo còmpito di quella che il Novicow chiama l'*élite sociale*, delle classi intelligenti e colte; da quest'opera proseguita individualmente per Stati emergerà la condizione complessiva della società internazionale, che permetterà l'adozione feconda e duratura di quel regolamento giuridico, che i più alti ingegni del tempo avranno come migliore consigliato alla diplomazia.

Ciò m'induce a fare alcuni brevissimi accenni al modo di formazione della pubblica opinione, da noi studiata, dappoichè a questa poggia nelle sue risultanze l'opera educatrice a cui abbiamo accennato.



All'acutissimo ingegno del Gabba parve si dovesse rite-

nere, che « la pubblica opinione ha pochissimo valore nei problemi elevati e complessi, che non possono risolversi se non adoperando criterî svariati, tutti desunti dalla totalità delle condizioni dello Stato, epperò quasi sempre inaccessibili alla comune degl'intelletti; ma che anche in quelle materie, nelle quali il popolo non può da sè solo rettamente giudicare per difetto di cognizioni e di intellettuali attitudini, può nondimeno e suole formarsi un'opinione dominante per l'azione combinata del pensiero comune e del pensiero individuale ». In tutto ciò che si attiene al regime sociale e trascende il comprendimento dei più, l'opinione pubblica, secondo il Gabba, non è che l'opinione individuale, più o meno modificata nel farsi generale; donde la conseguenza necessaria che la prima tanto conterrà di valore razionale intrinseco quanto ne è contenuto nella seconda.

Non v'ha dubbio che la pubblica opinione riguardante rapporti internazionali ha lo stesso processo di formazione di quella che nasce e s'impone nelle grandi questioni della vita sociale, e nel suo modo di essere e di comporsi presenta al pari di quest' ultima varie stratificazioni; le quali, vista l' organizzazione della società moderna, mal potrebbero attribuirsi alla moltiplicità e varietà delle classi sociali, mentre possono razionalmente raggrupparsi secondo che appartengono alle classi intellettuali e alle altre che non son tali. Le due correnti, che insieme formano l'opinione pubblica di un dato paese, ora corrono parallele, ora divergono, ora s'intrecciano e si fondono insieme. Non si può dire che esista fra loro una vera e propria contraddizione, certamente vi sono notevoli le differenze. Quello che al riguardo a me pare più degno di nota si è che le opinioni degl'intellettuali nei diversi paesi non sono così differenti fra loro come quelle del popolo in genere; esse sono anzi assai simili e qualche volta identiche nei varî paesi, risentono la nota del cosmopolitismo, si avvicinano assai e quasi si confondono coll'opinione pubblica internazionale. Il che è rilevantissimo, perchè rende accorti come in ciascun paese ci sia un punto di contatto, un *trait-d'-union* fra il particolarismo nazionale e l'idea cosmopolita; si direbbe quasi che gl'intellet-

tuali sono in ciascun paese i rappresentanti autorizzati dell'opinione pubblica generale di tutti gli Stati civili.

Il popolo, le grandi masse che costituiscono una nazione, le collettività in genere sono misoneiche; le idee collettive si svolgono con una rapidità grandemente inferiore di quelle individuali e — se dobbiamo credere al Pascal — difettano sempre di quel carattere di genialità, che soltanto alle ultime è riservato. L'evoluzione così lenta deve essere favorita e accelerata dalle classi colte, nelle quali poi agiscono con potente contagio psicologico quegl'ingegni privilegiati, che posseggono l'invidiabile dono di guardar tutto dall'alto, di comprendere armonicamente il passato e il futuro e di vedere con sicurezza la linea, che è tracciata al cammino dell'umanità. Per avere un esempio dell'importanza che nella formazione della coscienza giuridica internazionale hanno questi due elementi così strettamente concatenati insieme, basta ricordare l'influenza immensa esercitata dal libro del Grozio, alle cui idee — secondo le espressioni del Tarde — dette l'adesione entusiasta una folla di spiriti eminenti, poi di uomini di Stato, infine di spiriti illuminati qualunque, che successivamente subirono il contagio salutare di questo entusiasmo. Il sentimento intenso di approvazione, che anima il pubblico in favore di un certo numero di regole, e il sentimento intenso di riprovazione contro quelli che le violano, non nascono certamente ad opera esclusiva degli uomini di scienza e dei pubblicisti; questi possono contribuire, e contribuiscono in grado eminente a formare la coscienza internazionale, ma non la creano per intima virtù propria; essi per molteplici circostanze di fatto devono trovare un terreno preparato, sul quale le loro idee possano germogliare e dar frutti. Ciò non toglie che la loro sia opera di importanza somma, tanto — per rubare delle espressioni alle scienze fisiche — tanto nella statica che nella dinamica del Diritto Internazionale; inquantochè dalla concordia delle loro opinioni si deduce l'esistenza del comune consenso degli Stati intorno ad alcuni principî, anche quando questi non abbiano avuto la loro ufficiale proclamazione in trattati, mentre dai loro studi disinteressati

può per la massima parte attendersi quella riforma paziente e quel perfezionamento continuo della coscienza generale, che soli rendono possibili e duraturi i progressi del Diritto Internazionale. Il che è per noi studiosi, dai più grandi ai minimi — come quello che ha in questo momento l'onore di parlarvi — argomento della maggiore soddisfazione, perchè nelle nostre fatiche ci fa sorreggere dalla fiducia di cooperare effettivamente al raggiungimento di un altissimo ideale.



LO STATO ATTUALE DEL DIRITTO COMMERCIALE

E IL METODO MIGLIORE PER IL SUO STUDIO SCIENTIFICO

PROLUSIONE

AL CORSO DI DIRITTO COMMERCIALE

letta nell' Università di Perugia il 14 novembre 1899

DAL

Prof. UMBERTO NAVARRINI

SIGNORI,

I.

Dice un illustre scrittore, nel presentare al pubblico un suo trattato, che ogni *prefazione* si risolve in una *giustificazione.* Giustificazione, in quantochè l'autore, conscio della difficoltà e dell'importanza dell'argomento impreso a trattare, dubitoso della probabilità della riuscita, sente il bisogno — ponendo in rilievo la lunga serie delle difficoltà superate — di preparare l'animo del lettore alla indulgenza del giudizio, alla benigna valutazione dei mezzi adoperati: giustificazione che disarma in più d'un caso la critica, e facilita il passaporto dell'opera che si stampa. A un dipresso è così, per una prolusione ad un corso universitario. Chi si affaccia, pei primi anni, a così alto insegnamento, sente l'enorme e paurosa distanza fra i mezzi che di solito può adoperare e l'importanza della scienza che insegna; s'accorge della inquietante difficoltà di costrurre e presentare l'opera propria in modo da raggiungere il fine altissimo a cui deve essere indirizzata; si turba per il giudizio meritamente severo che di quella verrà reso; sente insomma di aver bisogno di una rassicurante *giustificazione.*

Ma tra l'uno e l'altro caso, questa differenza sensibilissima e palmare deve essere, a mio avviso, notata: che nel primo, si ha una giustificazione sterile di utili risultati, perchè arriva *dopo* che l'opera è compiùta; nel secondo succede precisamente il ro-

vescio, perchè arriva non solo *prima* che l'opera propria venga presentata, ma persino prima che ad essa venga dato principio. Onde non si ha più una semplice giustificazione, ma puranco una solenne promessa: non soltanto uno sguardo al passato irrimediabile, ma uno sguardo fiducioso all'avvenire; si ha il proposito di chi, conoscendo le difficoltà di un impegno che assume, non le dissimula a sè stesso e non le dissimula agli altri, ma non per questo le sfugge; si ha, infine, una preparazione indulgente dell'animo degli uditori, e nello stesso tempo uno stimolo ritemprante dell'animo proprio.

È con questi intendimenti, che si risolvono in una rassicurante speranza, che io prendo oggi la parola. E veramente in questo istante l'animo mio è profondamente commosso e turbato: commosso, per l'onore che si è voluto farmi — e del quale serberò viva e perenne gratitudine — di chiamarmi a far parte della Facoltà giuridica della vostra insigne università: turbato, perchè io conosco completamente la debolezza mia, di fronte al gravissimo còmpito ch'io assumo. Ma non posso dissimulare che mi rinfranca alquanto il pensiero che la benevolenza degli illustri Colleghi, e di voi, o giovani — quella viva corrente di simpatia e di affetti che sorge tra chi insegna e chi vuole imparare, la tenacità dei nostri propositi, l'entusiasmo col quale li seguiremo insieme, mi sorreggeranno, nella lunga via che dovremo percorrere.

II.

Quale è il campo assegnato al diritto commerciale?

Quale è il metodo per cui questa scienza può completamente corrispondere alle esigenze attuali?

Queste domande io faccio a me stesso, e mi paiono le più adatte per provocare, colla loro risposta, la dimostrazione più convincente dell'importanza della nostra scienza, e delle gravi difficoltà che presenta il suo studio.

Il campo e la sfera d'azione del diritto commerciale sono oggi così sicuramente affermati, la sua funzione nella vita

giuridica e nei rapporti economici così decisiva e spiccata, la sua forza di espansione e di assimilazione così intensa, che nessuno il quale anche per poco consideri la vita nostra attuale, può disconoscere la posizione preminente che nel diritto delle obbligazioni, in genere, esso ha occupato. Corrispondente ad una funzione sociale sempre più complessa, continuamente trasformantesi a seconda dei rinnovati bisogni, abbandonato il carattere di diritto di una classe chiusa di persone, come ebbe durante la vita operosa, ma breve, delle corporazioni d'arti e mestieri, da cui sorse, il diritto commerciale tende oramai a diventare il codice tutelare della produzione in generale, s'infiltra in sempre nuove manifestazioni della vita giuridica, allarga l'orbita sua, moltiplicando il numero dei rapporti che regola e delle persone che vi debbono essere necessariamente soggette. Basti pensare, per quest'ultimo riguardo, che certe forme e certi istituti, prima esclusivamente proprî del diritto commerciale, coprono ora ed accolgono anche contrattazioni di carattere essenzialmente civile: che istituti civili, per natura loro, ricorrono volenterosi alla sua disciplina. — I titoli all'ordine e al portatore, usati ormai per fini commerciali o non commerciali; le casse di risparmio, le cooperative, le stesse società civili in quanto rivestono la forma di società commerciali regolate in gran parte, e nonostante l'intima natura loro, dal diritto commerciale — ne sono la prova più manifesta. — Basti pensare che è ormai la legge commerciale che domina qualsiasi rapporto giuridico in cui anche una sola delle parti sia commerciante: chi si provvede del vitto, di una medicina, di un libro — osserva con profonda verità il Vivante — chi deposita alla Banca i suoi risparmi, chi si assicura una pensione per la vecchiaia, è sempre ed unicamente regolato dal Codice di commercio: in tutte le più svariate e modeste funzioni della vita, è sempre il Codice di commercio che governa l'atto del cittadino che contrae con un'impresa mercantile.

Le cause dell'espansione del diritto commerciale sono varie e complesse, e vanno ricercate per diverse vie, studiando gli elementi che formano il caposaldo e la base di quel diritto,

studiando la struttura del suo organismo, le fonti da cui trae la sua perenne freschezza. « Quando un istituto sociale — scriveva recentemente il Bolaffio — si modifica nella sua esteriorità, quando la costituzione economica fatalmente muta, il diritto commerciale, per la meravigliosa elasticità del suo organismo, accoglie le nuove manifestazioni della umana operosità anche se in esse ogni proposito di speculazione vien meno, e le conforta della sua protezione. Una sola prova è sufficiente: la cooperazione. Essa mira a raccostare il bisogno al modo di soddisfarlo, quindi a eliminare ogni intermediario speculante, banchiere, commerciante, imprenditore. L' azienda sociale integra l'azienda domestica dei cooperatori, assegna al loro lavoro l' intero profitto e li avvia alla conquista legittima dei mezzi di produzione. Ebbene: questi istituti anticommerciali per eccellenza, s'adagiano fidenti sulla disciplina del diritto commerciale — perchè l'equità nei rapporti interni contempera la relazioni sociali con la solidarietà degli intenti e dei risultati; nei rapporti interni, circonda le nuove istituzioni di quell'ambiente di buona fede, senza cui la influenza etica che li determina rimarrebbe sterile; perchè senza il soccorso del credito le attività potenziali non si affermerebbero, e le operose, nella lotta fra il bisogno e l'attesa, soccomberebbero; perchè la notorietà legale imprime a quella collettività di deboli quella capacità patrimoniale che si esplica sotto forma di materna impersonalità, in che sta forse la soluzione del più poderoso problema sociale ». E come presupposto e conseguenza di tutto questo, l' illustre autore poneva in singolare evidenza quelli che egli chiamava i *fattori* della produzione commerciale — la buona fede, il credito, la pubblicità — elementi tutti che nel diritto commerciale assumono una decisiva e caratteristica importanza, e che tenuti stretti ed imposti con inflessibile rigore, rinsaldano e circondano i suoi istituti, accrescendone la potenzialità e la forza.

Ma è la trama stessa che forma l'organismo del diritto commerciale che è salda base di continuo e crescente sviluppo. Per còmpito intimamente legato alla sua finalità, regola le più floride creazioni giuridiche; esso le va seguendo e rintracciando

nella incessante e varia operosità umana, le riaccosta alla fonte dei principî, innovandoli e vivificandoli.

Sarebbe troppo lungo s' io volessi qui confortare con esempi noti a tutti, l'azione profondamente benefica che il diritto commerciale ha esercitato ed esercita tuttavia per piegar la rigidezza delle figure giuridiche classiche ai nuovi bisogni della vita. Rammento soltanto la rinnovata ed accresciuta efficacia dei contratti a favore di terzi, dovuta in modo principale ai nuovi rapporti svoltisi nel mondo commerciale; la libera, incondizionata circolabilità di tutti i diritti; i cambiamenti, anche radicali, circa i momenti ed i mezzi della perfezione dei contratti; la più rigida obbligatorietà delle promesse; il valor decisivo dei titoli sulla esistenza dell'obbligazione che in essi è racchiusa, e così via. Certi principî di diritto romano, quantunque trasferiti e rimasti nei codici, vi stanno oramai, per opera principalmente del diritto commerciale — per dirla col Tarde — allo stesso titolo onde questa o quella regola, questa o quella parola, già usate ed ora cadute in desuetudine, vengono tuttora indicate in una grammatica o in un vocabolario.

D' altro lato, a contatto continuo colla vita pratica, piega rapidamente l' intero suo organismo alle nuove esigenze. Del rapido trasformarsi ed evolversi dei varî istituti del diritto commerciale, nella pratica e nella legge, sono facili ed evidenti le prove. I contratti di assicurazione, sòrti come giuochi sulle vicende paurose della navigazione, in cui non si poteva chiamare altro soccorso che quello dei santi, perchè, come dice il buon Targa, « *chi si assicura deve raccomandarsi al grande Iddio che gliela mandi buona* », — o come semplici e sporadiche scommesse sulla durata e sulle vicende della vita umana, per una non interrotta e rapida evoluzione, trovato il loro saldo fondamento su leggi matematicamente calcolate, assunti da grandi imprese, si sono estesi ad eliminare ogni rischio, dovunque e sotto qualunque forma si manifesti, scongiurando quei maggiori pericoli che l'alea commerciale, nella rinnovata vita mercantile, trae necessariamente con sè, — ed in relazione a tutto ciò, hanno reclamata ed ottenuta ben presto una conveniente disciplina nei

codici. — Il contratto di trasporto, esaurito con poche e minuscole regole giuridiche quando la primitività dei mezzi a cui il trasporto medesimo era affidato eliminava ogni possibilità di complicati e numerosi rapporti giuridici, seguendo oramai i nuovi e meravigliosi mezzi surroganti gli antichi, e le nuove esigenze ed i nuovi bisogni che ne furono la conseguenza, ha completamente, in pochi anni, trasformata la sua fisonomia economica e giuridica, esigendo anch'esso un ordinamento legislativo vigoroso e completo. — I titoli di credito, ed in primo luogo la cambiale e gli *checks*, trascendendo il concetto più piano e tradizionale di semplice prova di un'obbligazione esistente fuori di essi, hanno conquistata una disciplina giuridica salda e completa, per cui vengono assunti ormai all'ufficio di moneta, moltiplicando i mezzi dello scambio e fornendo al credito un alimento continuo e benefico. — Il deposito nei magazzini generali che rappresenta nel medesimo tempo una vittoria contro i sistemi doganali diffidenti e vessatorî d'altri tempi e contro i pregiudizi che frapponevano ostacoli al credito reale, ha assunta da poco una importanza oramai innegabile anche fuori del campo della vita commerciale, e non si è accontentato di semplici rimandi ad altri contratti a cui potrebbe essere ricondotto, ma è stato, nelle leggi commerciali delle varie nazioni, accolto e regolato con una disciplina tutta propria, e corrispondente in maniera più perfetta, alla molteplicità delle esigenze che vi si riconnettono. — E così via.

Ed in relazione e quale presupposto di questa tendenza marcatissima del diritto commerciale ad accogliere nuove forme giuridiche, ad assecondare i nuovi e svariati bisogni, e quale spiegazione generale di quel fenomeno già rammentato a principio, per cui anche ove non domina la speculazione commerciale, si invoca il Codice di commercio, sta il fatto che questo diritto ha conquistato, con un lavoro perseverante di secoli, una più spedita e rapida e veramente razionale disciplina procedurale, di fronte alla legislazione civile, una più libera valutazione delle prove, un sistema di prescrizioni più sollecito, una più efficace tutela del ceto creditorio contro le

frodi del debitore, assicurando al primo un ufficio quasi permanente di controllo sui beni di quest'ultimo; ha trovato nuovi mezzi per render rapida e continua la permutazione della ricchezza, ha elevato il credito e la dignità personale.

È adunque nel diritto commerciale stesso che deve ricercarsi la forza perenne che ne provoca il continuo progresso. Un diritto che, senza rinnegare la fondamentale saldezza delle poderose concezioni giuridiche da cui traggono il loro fondamento tutte le leggi nostre, ne completa di continuo le lacune, che i tempi nuovi dimostrano, e nel medesimo tempo le vivifica, mettendole a contatto colla incessante e multiforme attività umana; che pel più efficace e completo soddisfacimento dei nuovi bisogni piega e trasforma rapidamente il suo stesso organismo; che in relazione ad essi non solo afferma, ma mantiene con rigore inflessibile i principî che formano la base più indispensabile al movimento economico e giuridico dei nostri tempi — ha in sè stesso una ragion d'essere tanto viva, da renderne, a ragione, continuamente invocato il dominio ed immancabile il trionfo.

III.

Senonchè, di fronte alla vasta e disordinata serie di materiali che vengono continuamente forniti, e che le leggi non possono d'un tratto accogliere e regolare, sta il più grave còmpito della scienza, quello della loro penetrante e compiuta *elaborazione*. Ed alla elaborazione proficua è strumento indispensabile il *metodo*. È il metodo a cui senza dubbio si ricollega, come a ragione sua principalissima, il progresso della nostra scienza, come di qualunque scienza. — Due parole in proposito mi sembrano più che necessarie, come quelle che delineeranno il cammino che dovremo seguire.

Nella elaborazione del diritto commerciale si vagò lungo tempo nell'incerto e nel falso — ed i risultati scientifici corrisposero purtroppo alla deficienza dei criterî direttivi.

La scuola classica italiana compiè una prodigiosa opera scientifica riconoscendo dapprima il diritto commerciale, colle

opere immortali di Stracca, Scaccia, De Turri, Ansaldo, col-l'intento principale di elevare a teorie particolari le norme che regolano i traffici mercantili. Ma fu giustamente notato, che quei sommi non poterono precisare i limiti del nuovo ramo della scienza del diritto, nè darne una idea sintetica, perdendosi nelle analitiche descrizioni dei varî istituti. E ciò in modo speciale perchè occupavano le menti i principî del diritto canonico e del diritto romano, quantunque senza alcun dubbio il rinascimento dello studio di quest'ultimo diritto sia stato la prima spinta alla elaborazione dei principî scientifici del diritto commerciale. — Colla codificazione, isterilirono gli studî, limitandosi alla pura interpretazione della legge, e, quel ch'è peggio, seguendosi, da noi, senz'ombra di originalità, il sistema degli scrittori francesi, i quali, benchè in opere in gran parte e per molti rispetti ragguardevolissime, si limitarono tuttavia ad aggirarsi intorno al concetto informatore della loro legislazione. La poco progredita cultura economica, del resto, si incontra in tutti quei lavori, trascurandovisi quello che di molti istituti è il nucleo predominante: la deficienza di indagini storiche ne indebolì la comprensione compiuta.

Così in Germania, ove il diritto romano imperava come diritto comune, il metodo fu per parecchio tempo manchevole e difettoso. Come elementi addirittura accessorî o vani si riguardavano la ragione ed il fine economico dei varî istituti e l'intima connessione loro con altri fenomeni dell'umana attività; il còmpito dello scienziato si isolava alla esposizione ed allo studio puro e semplice del diritto in vigore, senza riguardo al passato ed all'avvenire, senza riguardo alle tendenze dei traffici ed ai loro bisogni: si affermava infine dogmaticamente non essere giuridicamente concepibile un diritto scientifico che contenga norme deroganti al diritto romano. Ma in tempo a noi vicino tutto ciò è venuto radicalmente a mutarsi, per il crescente impulso dell'industria, per il rapido sviluppo di tutta la cultura — e specialmente della cultura economica. E fu trovata la buona via.

Per opera essenzialmente del Goldschmidt si comprese che,

senza mezzo d'uscita, il metodo che poteva portare a risultati soddisfacenti sarebbe stato soltanto quello che, in perfetta antitesi con quello precedentemente seguìto, avesse messo in evidenza la necessità della trattazione giuridica concorde di tutte le varie direzioni, economiche, storiche, dogmatiche. Economiche, per le quali la volontà di chi esercita i traffici si determina, e secondo le quali questa vien fissando quelle regole che a poco a poco si plasmano in diritto. Senza la profonda conoscenza economica dei varî istituti, si capì non poter riuscire che monca la disciplina giuridica che li regoli. — Storiche, per cui, scoprendo il punto di origine e le successive trasformazioni di quelli, il modo con cui concetti giuridici originariamente stranieri tra loro si sono andati assimilando, e concetti in origine strettamente collegati si sono via via differenziati, si arrivi a comprendere l'intera loro forza, preparandone l'ulteriore evoluzione. — Dogmatiche, per le quali si deferisca, da una parte, alle idee romanistiche, ove queste possano rispondere alle attuali esigenze dei traffici, e dall'altra si vadano via via completando, ove i nuovi bisogni lo esigano. — Questo metodo non si contenta della meccanica interpretazione della legge, ma, muovendo per le diverse vie dianzi accennate, nelle indagini storiche dei singoli istituti trova la via più sicura per fermarne le ragioni d'essere, dalle indagini economiche si ripromette di trarre il fondamento indispensabile per la più adatta disciplina giuridica, nelle indagini positive della pratica rinviene il sussidio più sicuro per ravvivarne i risultati.

È a questo metodo a cui si deve l'elaborazione compiuta del diritto commerciale in Germania; a questo metodo si deve se in questi ultimi anni pure in Italia non solo in svariatissimi studî monografici sono state sottoposte ad analisi penetrante ed esauriente singole parti e singoli istituti, ma vere opere scientifiche di primissimo ordine, organiche e complete, sono venute ad arricchire la letteratura giuridica nazionale ed a preparare quell'ambiente intellettuale che è condizione indispensabile per l'applicazione di ogni possibile riforma legislativa. — E chi vuole far opera veramente proficua all'avvenire dei nostri

studì, per valutare esattamente la natura dei singoli istituti per porsi in grado di afferrarne la ragion d'essere e le esigenze, per prepararne una disciplina che ne accompagni e ne assecondi la evoluzione, non può seguire che quel metodo. Metodo pieno di difficoltà e di esigenze: di difficoltà e di esigenze perchè richiede e presuppone l'uso di indagini scientifiche e di indagini pratiche, una grande intensità di osservazione, un geloso ed assiduo contemperamento di esigenze di varia entità e di varia natura, ed il più delle volte in apparenza divergenti o poco concilianti.

Ma non sarà questo che potrà sgomentare gli animi nostri o fiaccare le nostre giovani energie. Quanto più scabroso è il cammino, tanto più seducente e confortante apparrà la mèta.

Le vittorie scientifiche arridono ai volonterosi, e valgono spesso assai meglio di molte altre, che forse il volgo più facilmente comprende, ma che non per questo diventano più utili o più grandi.



NOTIZIE E DOCUMENTI INEDITI

SULLA

VITA DI GIO. PAOLO LANCELLOTTI

GIURECONSULTO PERUGINO DEL SECOLO XVI

PEL

Prof. OSCAR SCALVANTI

1. — Giovan Paolo Lancellotti, celebre canonista, nacque in Perugia nel 1522 da Lodovico, di cui nulla sappiamo. È però da credere che molto agiate non fossero le condizioni della sua famiglia, perchè, come vedremo a suo luogo, a Giovan Paolo venne graziata parte della somma che i discepoli dello Studio dovevano pagare per l'esame di laurea. Lo stesso Vermiglioli (1) e il Bini (2), pur così accurati nelle loro ricerche, nulla ci dicono della prima giovinezza di Giovan Paolo; ma certo egli dovette dar opera per tempo agli studi delle lettere, nelle quali dimostrò di valere assai, quando fe' parte delle Accademie letterarie, che a quei dì raccolsero in Perugia quanti amavano le esercitazioni poetiche. Anzi fu tra i fondatori dell'Accademia degli *Unisoni*, scrisse di frequente in poesia, e di lui si legge un assai buon sonetto nelle rime del Coppetta ed altre pregievoli composizioni in raccolte varie o nelle stesse opere giuridiche del Lancellotti, postevi, com'era costume del tempo, o per dedica o a mo' di prefazione (3).

Entrato come studente *in jure utroque* nell'Ateneo di Pe-

(1) *Biog. degli scritt. perug.*, T. II, pag. 41.
(2) *Mem. stor. sull' Univ. perug.*, P. III, inedita. (V. *Arch. Univer.*, ms. XIX, e il nostro *Inventario-Regesto*, pag. 145, Perugia 1898).
(3) Conf. Vermiglioli e Bini, op. cit., e Mariotti, *De' perug. aud. della Rota romana.*

rugia, vi assunse la laurea nel 22 settembre 1546, ossia all'età di ventiquattro anni; nè deve far meraviglia, imperocchè per le Costituzioni dell' Università allora vigenti ([1]), il corso accademico per la ragion civile e canonica fosse di otto anni. Il più degno di essere ricordato fra i suoi insegnanti in diritto canonico è Guglielmo Pontano, nè sappiamo perchè il Vermiglioli abbia potuto dubitare che Giovan Paolo fosse allievo del celebre canonista, quando è certo che questo giureconsulto, chiamato a Pisa nel 1545, fu trattenuto a Perugia con aumento di stipendio per deliberazione del pontefice. Ad ogni modo anche se in quell'anno egli si fosse trasferito in Toscana, avrebbe insegnato al Lancellotti per il lungo tratto di sette anni, poichè Giovan Paolo, come abbiamo detto, si laureò nel 1546. Del resto noi troviamo il Pontano allo stesso dottorato del Lancellotti, ove siede come *promotor* ([2]). Altri istitutori, sempre in diritto canonico e degnissimi di memoria, Giovan Paolo ebbe in Filippo Baldeschi e in Marco Antonio Oradini; ed in ragion civile nell'Arrigucci, in Giulio Oradini, nel Castaldi, in Marcantonio Eugeni e Rinaldo Ridolfi. Come vedremo pel documento inedito che ora si pubblica, il Lancellotti fu laureato a pieni voti, con vive parole di lode, avendo a promotori Filippo Baldeschi ([3]),

---

([1]) Confr. *Archiv. univ.* Cod. I. A. Parte 1ª.

([2]) *Arch. univ.*, Cod. V. C. Parte 1ª.

([3]) Filippo Baldeschi fu professore dell'Ateneo fino dal 1526, e mentre il Bini ritiene appartenesse alla Facoltà giuridica fino al 1540, noi troviamo che insegnò certamente fino al 1569, e tenne più volte l' ufficio del priorato (Cod. VIII, B1). Dal maggio di quell'anno lo vediamo sostituito dai colleghi, e solo dall'agosto non si fa più parola di lui. Egli si dedicò alla vita ecclesiastica, e fu canonico nella cattedrale di S. Lorenzo. Sostenne molte ambascerie alla Corte di Roma, delle quali ci fa ricordo il Pellini. Ad es. egli fu inviato come messo della Repubblica a Clemente VII, e quindi al suo successore Paolo III. A Roma rappresentò pure la patria sua nella circostanza dell' inalzamento al soglio pontificio di Paolo IV, Pio IV e Pio V. (PELLINI, *St. di Perugia*, Parte 3ª, pagine 540, 678, 907, 968 e 1084).

Arriguccio Arrigucci [1], Guglielmo Pontano [2], Ristoro Castaldi [3] e Giulio Oradini [4].

---

[1] Arriguccio Arrigucci fu professore nel 1503, e il Facciolati vuole abbia insegnato a Padova nel 1532. Certo è che presto fece ritorno in patria, ove lo troviamo tuttora insegnante nel 1550.

[2] Sarebbe superfluo spendere parole su questo illustre giureconsulto, che insegnò lungamente nello Studio perugino. Sembra che il suo insegnamento in diritto civile avesse principio nel 1511, ma nel 1551 Paolo III con Breve particolare lo passò alla lettura delle Decretali. Ebbe incarichi onorevoli dalla sua città, e a lui si dovette, sotto il pontificato di Clemente VII, la istituzione della Rota perugina, di che resta memoria nella lettera latina di Prisciano Ansidei, uno dei decemviri, inserita nel libro delle Costituzioni di quel Tribunale, edite in Perugia nel 1530. Morì il 1555 nell'età di anni 77.

[3] Ristoro Castaldi fu buon giurista e per lungo tempo insegnante nell'Università perugina. Vuolsi che fosse chiamato alla cattedra nel 1530, e che morisse nel 1564. Noi non abbiamo potuto verificare oltre l'anno 1554, perchè negli atti universitari è poi una lacuna (Cod. VII). Certo è che egli nel 1543 aveva lasciato Roma, ove si era trasferito da Bologna sempre in qualità di insegnante di ragion civile. Pubblicò molte opere, tra le quali primeggia l'*Amplissimus tractatus de imperatore.* Fu onorato inoltre di molte ambascerie dalla repubblica perugina.

[4] Monsignor Giulio Oradini, insegnante dell' Università di Perugia, al tempo in cui la sua città ebbe con Paolo III la celebre contesa per la *gabella del sale*, accettò dal magistrato l'incarico di portarsi ad Anversa per avere un colloquio con Carlo V e chiedergli aiuto contro il pontefice. Il Mariotti (*Aud. perug.*, pag. 63) stabilisce all'aprile del 1540 la partenza dell'Oradini per le Fiandre, e difatti, mentre nel dicembre del 1539 lo troviamo agli esami di laurea, nella sessione di aprile dello stesso anno non si fa più menzione di lui. Dichiarato ribelle alla Chiesa, fu bandito dalla patria; e di vero si osserva, che mentre per la semplice assenza *causa reipubblicae* avrebbe dovuto essere mantenuto nel Collegio, invece il suo nome non s' incontra più. Si vuole, che trattenuto a Venezia fino al 1542, facesse poi ritorno a Perugia, dove l'Aretino gli scrisse una lettera in data del 15 luglio di quell'anno, per congratularsi seco lui, che il papa lo avesse restituito alla patria e allo Studio perugino. Ma io tengo per fermo che allora l' Oradini non riassumesse l' insegnamento. Con ogni probabilità volgendo l'anno 1542 o ne' primi del 1543 si portò a Padova come insegnante, e là nel 23 aprile di quest' ultimo anno ebbe la celebre disputa con Ansuino Medici, stato già lettore in Bologna e a Bourges. Il Mariotti narra, che l'Oradini chiamato nella Felsinea Università preferì

2. — Gli storici hanno alquanto disputato intorno al tempo, in cui Giovan Paolo fu accolto nell'Ateneo di Perugia come insegnante di diritto civile. Ma sembra accertato che egli ottenesse l'ambita cattedra non più tardi del 1548, perchè in una lettera del Cardinale Sforza indirizzata a Giovan Paolo nel 1555, con cui si assegnavano al Lancellotti dugento ducati d'oro per la morte di Guglielmo Pontano, si leggono le seguenti parole: — « *Te qui, ut accepimus, in Gymnasio perusino per spacium octo annorum summis vigiliis ac laboribus, ac summa cum laude publice legendo leges civiles professus* » — [1]. Nè saremo per meravigliarci, che egli così per tempo abbracciasse il nobile magistero di insegnante, perchè quello che si legge di lui può ripetersi per la maggior parte dei lettori negli Atenei italiani; e cioè che giovanissimi erano chiamati all'onor della cattedra. È certo però che Giovan Paolo non si trattenne lungamente a Perugia, in quanto avesse in mente un disegno, pel quale era necessario si trasferisse a Roma. E anche su ciò non poco hanno disputato gli storici, nè poche sono le inesattezze a cui si abbatterono per mancanza di documenti certi e sicuri intorno alla vita del Lancellotti. Io ritengo pertanto che, circa la dimora di Giovan Paolo a Roma, questo sia da pensare.

Non appena laureato, il Lancellotti concepì un vasto disegno, a cui diresse tutta la sua energia di pensatore e di erudito; il disegno, cioè, di compilare pel primo un libro, in cui si dessero le *Istituzioni* di diritto canonico. Durante gli anni di studio pas-

---

tornare in patria, e certo a nulla valsero le preghiere perchè rimanesse a Padova almeno fino alla pasqua del 1544, perchè egli nel febbraio di quell'anno partì alla volta di Perugia. Se non che nel 5 aprile egli non aveva ancora ripreso l'insegnamento; nelle adunanze collegiali era ricordato solo come faciente parte del Collegio, e veniva da altri sostituito negli esami. Siede invece nel luglio dello stesso anno. (*Arch. univ.*, Cod. V, B¹, Parte 1ª, carte 117, 122, 143 e 149). Più tardi, come vedremo in appresso, egli fu chiamato a Roma da Giulio III come Auditore di Rota.

[1] Il Lancellotti diede principio al suo insegnamento come lettore di *gius civile*, da cui passò in seguito alla cattedra di diritto canonico.

sati all' Università, egli aveva osservato, che mentre le collezioni di diritto romano erano state riassunte, ordinate in principî ed esposte con sobrietà e precisione nelle *Istitute* di Giustiniano, altrettanto non si era operato per le collezioni del *gius* canonico. E il Lancellotti esprime francamente questa sua meraviglia nel *Proemio* dell'opera, che ha appunto il titolo di *Institutiones juris canonici.* — « Non parva, egli scrive, hinc nos interdum coepit admiratio, quanam ratione contigerit, ut veluti Imperatorio nomine Caesarei juris in certos libros redacta sunt elementa, non ita etiam ad usum studiosae juventutis ad jus canonicum ab ipsis Pontificibus compositae Institutiones reperiantur, cum id, si, ut quidem nunc est, contemplemur, aedificii cuiusdam referat speciem, januis atque omni propemodum aditu carentis, et una hac tantum dissimilitudine a jure civili sejungatur » — [1]. In sostanza egli si meraviglia, che i pontefici non abbiano disposto per la compilazione di un testo elementare del diritto canonico, mentre vi pensò l'Imperatore pel diritto di Roma dandone incarico a Triboniano.

Or, mentre lo spirito dell'insigne giurista era tutto occupato nella effettuazione di questo disegno, stava sulla sedia di Pietro il Farnese. E poichè il Lancellotti pensava, che come le *Istitute romane* erano state pubblicate *imperatorio nomine*, così l'opera sua, pur riveduta dagli uomini più insigni della curia romana, dovesse ricevere autenticità dai papi, per modo che non fosse tenuta in conto di lavoro privato, ma avesse il suggello della suprema podestà della Chiesa, egli si trasferì a Roma ed espose il suo progetto al pontefice. Non è dubbio, secondo me, a chi debbano riferirsi le parole che il Lancellotti pone nel *Proemio*, e cioè se al favore trovato presso Paolo III, o all'approvazione avuta da Paolo IV [2]. Veramente mi sembra che

---

[1] E che nel compilare le *Institutiones* mirasse sopra tutto alla utilità dei giovani, lo dice egli stesso nel principio dell'opera, ove si legge: — « *Io. Paulus Lancellottus j. c. perusinus juris pontificii candidatis* » —.

[2] — « Sed hoc nos parum aliquando perpendisse videri possumus; nam cum in aula Romana *difficilissimis temporibus* [*al tempo cioè della*

la proposta dell' opera fosse fatta dal Lancellotti a Paolo III, sotto il pontificato del quale venne incominciata. Infatti il passo del *Proemio* parla del proposito che l'autore aveva di comporre un libro di *Istituzioni* e del mandato ricevuto dal papa *de his conscribendis*. Ad ogni modo è indubitabile che il Farnese mirò con occhio benigno la proposta del giureconsulto di Perugia, talchè questi si mise tosto all'opera. E per far ciò, come narra egli stesso, gli fu mestieri di rinunciare *per alcuni anni* all'ufficio *praelegendi ac patrocinandi*. Inoltre, poichè si trattava di una compilazione, che, secondo il concetto dell'autore, doveva essere diffusa per autorità pontificia, parve a lui indispensabile porvi mano in Roma, dove poteva ricevere i maggiori sussidi per l'opera sua.

E che dal pontefice Paolo III egli avesse veramente l'incarico di compilare le *Istituzioni canoniche* resulta evidente da ciò che narreremo in seguito circa la protezione accordata da Paolo IV al Lancellotti, il quale, al tempo in cui questo pontefice si occupò della cosa, aveva già condotto a termine il libro, e perciò sarebbe strano che ricevesse allora il mandato di compilarlo. Vero è che nella relazione dei Commissari eletti da Paolo IV si legge: — « Cum S. V. nobis iniunxerit, ut Institutiones Iuris Canonici *iussu et nomine* B. V. compositas videremus et excuteremus, primum universum opus singuli perlegimus » —. Ma questa frase non potè essere che un tratto

---

contesa tra Paolo III e i perugini] degeremus, de Institutionibus juris Canonici Pontificio nomine conscribendis, Justiniani Imperatoris exemplo, ipsi Romano Pontifici suggessimus; et *quamvis minus forte opportune* [*in quanto non era bene scelto il momento, perchè un perugino avesse grazia dall'adirato Farnese*] de his tamen conscribendis ab eo mandatum accepimus, et quantum in nobis fuit, etiam explevimus; si quidem intermisso superioribus annis praelegendi ac patrocinandi munere, impense operam dedimus, ut per nos hujusmodi Institutiones componerentur, quae, ut Pontificio nomine exirent, non indignae judicarentur; quod quidem ex sententia nobis cessisse, ita locupletissimum summorum Virorum probabit testimonium, ut illae jamjam de manu Pontificis in manus vestras venturae crederentur » —.

di adulazione verso il Pontefice, ascrivendogli il merito di aver pensato pel primo all'opera, che i Commissari ritenevano pregievolissima sotto ogni aspetto. Consimili laudi si fanno allo stesso papa nel decreto di nomina della Commissione deputata all'esame del libro, e dove si dice che le *Istituzioni* furono dal Lancellotti composte *iussu et nomine Suae Sanctitatis.* Ma di ciò meglio vedremo tra poco.

3. — Noi pensiamo quindi che intorno al 1548 Giovan Paolo si recasse a Roma, e vi si tenesse onorato della fiducia del Pontefice. Questi però l'anno appresso veniva a morte, e certamente a quei dì Lancellotti non poteva aver dato termine al suo lavoro. A tutta prima fa qualche meraviglia, che Giulio III, tanto amico de' perugini quanto n'era stato nemico acerrimo il Farnese, non facesse atto di special protezione verso il Lancellotti; ma è poi facile aver ragione di ciò, quando si pensi che il Del Monte a tutt'altro era inteso che a favorir gli studi e pregiare i dotti. Non è certo che il Lancellotti rimanesse in Roma dopo la morte di Paolo III e cioè fino al 1553, ossia pel tempo di quattro o cinque anni, qual'era sufficiente a comporre l'opera, per la pubblicazione della quale tante difficoltà poi dovevano sorgere. Una lacuna negli atti dell'*Archivio universitario* ci toglie di accertare questo punto della vita di Giovan Paolo. È probabile però che, venuto a morte il Farnese, egli tornasse in patria, dove lo troviamo nel 1553. E di vero nel luglio di cotesto anno egli è fra i *promotores* agli esami di dottorato insieme al Pontano, al Castaldi e a Marcantonio Oradini [1]. E se noi consultiamo altri documenti dell'*Archivio* nostro [2] dobbiamo ritenere, che per molti anni egli non abbandonò la sua cattedra, e fu in questo tempo occupato nella continuazione e revisione dell'opera sua. Morto Giulio III (a. 1555) e succedutogli, dopo il breve pontificato di Marcello II durato pochi mesi, Paolo IV Caraffa, il Lancellotti ed altri si diedero a

---

(1) *Arch. univ.*, Cod. VII, C. Parte 1ª, carte 117.
(2) Cod. VIII, C. Parte 1ª.

nuove premure presso il pontefice, affinchè le *Istituzioni* ormai condotte a termine fossero a cura di lui pubblicate ([1]). Il papa gradì la proposta, e decise che la pubblicazione avesse luogo, e che lo stesso Giovan Paolo vi assistesse trasferendosi di nuovo a Roma. A ciò si riferisce la lettera di monsignor Lauri ([2]), riprodotta dal Vermiglioli, da cui apprendiamo, che Perugia fu oltre modo lieta di sapere della protezione che il pontefice accordava ad un suo illustre cittadino. E poichè la progettata stampa dell'opera esigeva la presenza del Lancellotti a Roma, fu, a nome di Paolo IV, diretta al Governatore di Perugia, da cui ormai tutti gl'istituti della città più o meno dipendevano, una lettera in cui si dice: — « La mente di Nostro Signore è che l'opera di M. Gio. Paolo Lancellotti da Perugia sia vista et corretta, et che poi se dia in luce, *il che non se potendo fare senza la presentia dell'autore,* V. S. si contenterà di dare ordine che al detto Gio. Paolo non sia levato il luogo della lettura nè la provisione, che ha avuta li anni passati, ma che gli sia conservata ogni cosa, acciocchè vi si possa trattenere *per tale negotio,* et che oltre le fatighe sue non v'habbi da rimettere il denaro per il detto effetto, et in ciò non manche, che questa non è per altro. Di Roma, alli XVI di novembre 1557 » —. Dalla qual lettera resulta, che il Lancellotti prima del 1557 aveva portato a fine il suo lavoro ([3]), e che doveva recarsi in Roma per vigilare alla stampa di esso. Difatti il Bini ([4]) narra, che in quel torno di tempo già andavano per le mani di moltissimi alcuni esemplari manoscritti dell'opera di Lancellotti, e che così lusinghiero giudizio se ne dava, che Paolo IV, apprezzata la somma utilità del libro, si indusse a decretarne la stampa.

([1]) Infatti, come meglio vedremo in seguito, nel 1557 il lavoro del Lancellotti era già diffuso per molti esemplari manoscritti: ed è a ritenere che nel 1555 e fors'anche prima fosse compiuto, dal momento che Paolo IV ne decretò la revisione.

([2]) Centur. II, Epist. 15.

([3]) In tale opinione sono concordi il Vermiglioli ed il Bini. (Op. cit.).

([4]) Op. cit., quad. 4.

Lo che sta a dimostrare anche più chiaramente, che la proposta dell'opera dovette esser fatta a Paolo III, giacchè al tempo del Caraffa essa era già compiuta e nota per le copie a penna che ne erano state fatte a cura dell'autore o de' suoi molti ammiratori. Rileviamo però che il Lancellotti doveva recarsi a Roma, come dice la lettera surriferita, pel *negotio* della stampa, e non è da credere che egli si intrattenesse per molto tempo colà pel solo fatto della revisione e correzione del libro. Pur tuttavia si legge nel *Commentarium Institutionum* [1] che egli dovette trasferirsi a Roma. È lo stesso Lancellotti che scrive: — « Inter haec, cum antequam rei finis haberi posset, diu mihi Romae manendum esse apparet, instantibus Aloysio Lypomano, et Ardiughello, nec non Paulo Tarano, viris gravissimis, et prudentissimo publico decreto statuitur, ut in Perusina Academia mei quamquam absentis, ratio habeatur, atque ideo et profitendi locus et honorarium mihi servetur » —. Ma la chiesta licenza aveva, secondo noi, per fine, che, decretata la pubblicazione dell'opera, il Lancellotti potesse curarne personalmente la stampa, lo che come vedremo non ebbe luogo.

Pertanto (lo noti bene il lettore) nello scorcio dell'anno 1557, e cioè di ottobre [2] essendo giunte al pontefice le sollecitazioni — « *scholarium Universitatis Perusinae, ut dignaretur edere librum Institutionum iuris canonici quas D. J. Paulum Lancellottum conscripsisse audierant* » — il papa ordinò, che una Commissione di dotti esaminasse il libro per riferirgliene in scritto.

Questi commissari furono Fabio Accoramboni decano della Rota, Giulio Oradini, venerato maestro del Lancellotti, allora uditore di Rota in Roma, ove si era trasferito per tale ufficio nel febbraio del 1552 per ordine di Giulio III [3], e Antonio Massa da Gallese.

---

(1) Ediz. Venezia 1606, pag. 16.

(2) Vedi *Comment.* cit., pag. 18

(3) Mariotti, *Uditori per.*, ecc., pag. 66.

L'Accoramboni ebbe la presidenza della Commissione [1], la quale si accinse tosto al lavoro. Anzitutto ciascuno dei Commissari da per sè prese in esame lo scritto, e quindi, scambiatisi i giudizi, provvidero a mutare, ad aggiungere o a resecare quelle cose, che loro eran sembrate degne di menda [2]. Il Lancellotti era chiamato a presenziare talvolta le sedute della Commissione, e ciò che conveniva togliere, aggiungere o modificare veniva approvato o all'unanimità o a maggioranza di voti [3]. Il lavoro, per attestazione dello stesso autore, fu condotto con minuta e scrupolosa analisi, e con altrettanta imparzialità. — « Nullo hic pacto explicare possum, così egli scrive, quanto omnes ingenio in hac castigatione, quanto animi candore, quanta demum eruditione versati fuerint, nihil umquam improbaverunt, quin si quid ad defensionem afferrem et diligentissime et libentissime audirent ac ponderarent » — [4]. Terminata l'opera di revisione, di cui il Lancellotti si ebbe a mostrare così soddisfatto, i Commissari ne riferirono al papa. Si noti che essi ricevettero l'incarico nell'ottobre del 1557 e la relazione fu fatta nel novembre dell'anno appresso. Dunque il Lancellotti non ebbe occasione di fermarsi in Roma che per questo tratto di tempo, e non più oltre. La relazione, ben lusinghiera per lui, conchiudeva essere il lavoro — *necessarium etiam bene ordinatum ac digestum* — e che perciò se ne dovesse curare la stampa; ma ciò non avvenne.

Il Vermiglioli attribuisce questo fatto, che addolorò così profondamente il nostro giurista, alla morte di Paolo IV, ma

---

(1) Lo stesso Lancellotti scrive: — « Acorumbonus, qui quod amplissimi ordinis et auditorii caput esset, negotio praeesse videbatur » — (Op. cit., pag. 17).

(2) Ciò si rileva anzitutto dalla stessa relazione dei Commissari, ove si legge — « rebusque invicem comunicatis, ea quae vel immutanda, vel addenda, vel resecanda visa fuerunt, pro tenuitate iudicio nostri immutavimus, addimus et resecavimus » —.

(3) *Comment.* cit., pag. 17.

(4) *Comment.*, loc. cit.

in questa opinione vi è della ingenuità. La ragion vera va ricercata in un fatto solito ad avvenire in ogni tempo e presso ogni popolo. Non c' è infatti opera insigne e ben condotta, la quale non sollevi invidie; e tanto più queste dovevano destarsi tra i dotti della curia romana, quanto che era mirabile che la concezione di un'opera così utile fosse germogliata nella mente di chi non vestiva l'abito ecclesiastico. E come pensare diversamente, quando nemmeno il parere di giuristi valorosissimi e convocati dallo stesso pontefice aveva bastato al coronamento dei voti, che il Lancellotti da anni formava circa il successo della sua dotta fatica? E di vero, andato all'onor della tiara Pio IV, questi parve disposto a continuare negl'intendimenti del suo predecessore; ma, non pago del lavoro di revisione compiuto dall'Accoramboni, dall'Oradini e dal Massa, diede incarico ai cardinali Cicada e Alciato di prendere in nuovo e diligentissimo esame il libro di Lancellotti, non altrimenti facendo da quel che si pratica anc'oggi, che quando non si vuole la riuscita di un'impresa si nomina una Commissione, che finisce per mettere tutto in tacere. Così avvenne per l'opera del giureconsulto perugino, perchè il Lauri ci dice che i commissari, dopo aver dato buone parole e fatte ampie promesse — « *omnes postea congelaverunt* » —, e francamente è da ritenere, che nemmeno il pontefice fosse inclinato a favorire realmente i disegni del Lancellotti. Se Pio IV sembrò proclive a soddisfare alle promesse di Giovan Paolo, fu perchè i perugini stessi, come ci narra il Bini [1], vollero sollecitarlo a ciò, mediante l'invio a Roma di due messi accompagnati da lettere del vescovo Ippolito della Corgna e di monsignor Mirto governatore. Il papa, edotto di ciò che era avvenuto sotto i pontificati di Paolo III e di Paolo IV, non poteva rifiutarsi a prendere in benevola considerazione le premure della città e dell'Ateneo di Perugia e le raccomandazioni di due prelati, ma non volendo in cuor suo dar seguito alla cosa cercò di farla naufragare ponendovi l'inciampo di una nuova Commissione.

---

[1] Op. cit., quad. 4.

A che valeva infatti il parere di uomini insigni, quando vi erano dei potenti, che andavano parlando dell'opera di Lancellotti come di un plagio anzi che di un lavoro originale e sotto ogni aspetto commendevole? Lo stesso Giovan Paolo ci informa di ciò: — « Illis autem minime respondendum duxi, qui me librum surripuisse, ac magni alicuius viri scrinia compilasse calumniabuntur, quod dicerent eo me, quem nec de facie quidem nossent, nec esse iudicio vel eruditione praeditum, ut tantam rem aggredi » —. Ebbe dunque ben ragione Flavio Orsini, quando in una lettera a Ferdinando Farnese scrisse, che il Lancellotti avrebbe potuto conseguire il suo intento — « si usus fuisset melioribus candidioribusque amicis » — (1).

Perciò, tenuto conto dell'insuccesso riportato dal Lancellotti sotto il pontificato di Paolo III, e tenuto conto delle tergiversazioni di Pio IV, noi dobbiamo convincerci, che, poco dopo la esaltazione di questo pontefice, Giovan Paolo si restituisse in patria. Ritengasi pure che egli tornasse a Roma di quando in quando per sollecitare la grazia che domandava e per abboccarsi coi nuovi revisori; è certo però che nessuna ragione aveva di fermarvisi lungamente. Anzi è d'uopo escluderlo in modo assoluto, perchè il Lancellotti non tardò a comprendere che le sue speranze eran vane e che mai sarebbe riuscito a trionfare della opposizione, che se gli faceva da alcuni personaggi della curia romana. Infatti Pio IV salì al pontificato nel 1559, e l'anno appresso troviamo il Lancellotti a Perugia, che stanco di tanti indugi pubblica il libro — *Institutionum juris canonici commentarium* — dove si parla ampiamente delle contrarietà avute per la stampa delle sue *Istitute*, le quali tre anni dopo, e cioè nel 1563, uscirono in luce a Perugia col titolo — *Institutiones juris canonici, quibus jus Pontificium singulari methodo libris quatuor comprehenditur* —. Dunque se nessuna ragione lo aveva potuto indurre a rimanere lungo tempo a Roma sotto il pontificato di

(1) *Comment.* cit., pag. 2, e Mariotti, *Auditori di Rota*, Vita di Giulio Oradini, nota 51.

Paolo IV, altrettanto è a dire della sua dimora colà mentre fu papa Pio IV. È oziosa poi la ricerca fatta da alcuni scrittori, se egli vi dimorasse fino al 1566 o al 1581, poichè data alle stampe l'opera sin dal 1563, non aveva motivo alcuno di trasferirsi in Roma. Del resto dai documenti dell'*Archivio universitario* risulta, che nel 1560 Giovan Paolo era in Perugia ([1]), talchè lo vediamo assistere con assiduità alle adunanze collegiali ([2]). E se non possiamo fornire la prova per gli anni anteriori, gli è perchè havvi una lacuna negli *Atti* del Collegio, che riguarda appunto quel tratto di tempo. E non solo assiste alle tornate, ma spesso vi riferisce sopra affari di qualche importanza, come, ad es., sulla questione di precedenza dei *Consiliari* della provincia della Marca e del regno di Napoli ([3]). Si trova poi che egli è costantemente eletto a promotore in diritto canonico ([4]). Cade dunque tutto ciò che i biografi hanno scritto di lui, e cioè che ritornasse in patria nel 1588; e sebbene nella lettera al cardinale Siretti, riferita dal Vermiglioli, egli narri che per *tirare a fine quel libro* e mentre se ne faceva la censura aveva lasciato molti negozi e fatte notabili spese per andare a stare lungamente a Roma, noi riteniamo che più lunga dimora vi avesse al tempo di Paolo III, e che in seguito vi si portasse per breve tempo, quant'era necessario per rispondere agli obbietti, che se gli muovevano dai Commissari eletti da Paolo IV.

4. — Pertanto alle molte difficoltà sollevategli contro in Roma potè esser compenso il favore, con cui l'opera venne accolta dagli studiosi, e che ebbe le lodi del Menochio, al quale non parve soverchio attribuire al Lancellotti il nome di *Tribonianus* per avere così mirabilmente compendiato e illustrato il

---

([1]) Ciò è dimostrato anche dal fatto, che nel marzo dello stesso anno, egli scriveva da Perugia una lunga lettera a Ferdinando Farnese e a Fabio Penna, che si legge nel *Comment.*, pag. 8.

([2]) *Arch. univ.*, Cod. III, B[1], Parte 1ª.

([3]) Cod. eod.

([4]) Cod. eod.

gius canonico [1]. Ma ciò che più gli stava a cuore, e cioè che all'opera sua non mancasse il suggello dell'autorità pontificia, non potè essere conseguìto nè da lui, nè da Leandro Galganetti, giureconsulto pistoiese del secolo XVII, che volle ripubblicare le *Istituzioni* sotto il nome di Paolo V (a. 1605-1621) quando già da quindici anni era mancato ai vivi il loro autore [2]. Ma non vi riuscì sempre, secondo il Lauri, per le medesime difficoltà e macchinazioni che erano sorte al tempo di Paolo Caraffa e di Pio IV. E certo l'opposizione fatta al disegno del Lancellotti in gran parte fu dovuta al *pulchrum et necessarium inventum* di Paolo IV, che così volle chiamare l'opera del nostro giureconsulto. La novità dà spesso argomento a incertezze, diffidenze ed esitazioni, che, aggiuntavi l'invidia, debbono necessariamente deprimere qualsiasi merito o pregio di un'opera. È questo però, chi ben guardi, un valido argomento per sostenere che il lavoro del Lancellotti era affatto nuovo, e che niuno prima di lui si era accinto a una consimile fatica. Ci è noto che il Doujat [3] e il Berardi [4] si industriarono di togliere all'opera del Lancellotti l'onor del primato, attribuendolo a Mar-

---

(1) Così scrisse da Padova il Menochio a Paolo Lancellotti nel maggio del 1581: — « Primus juris pontificii institutiones studiosis necessarias veluti Tribonianus alter orationis copia et splendore illustratas edideris. Quibus si (ut futurum spero) aliquando Pont. Max. accesserit auctoritas, te vel novum Tribonianum habebimus, vel ut juris Pontificii novum auctorem observabimus » — (LANCELLOTTI, *Institutiones etc.* Introduzione). Vedi poi il *Commentarium* per le molte altre adesioni di insigni giuristi, quali Daniele Blanco, Matteo Lachi, Pietro Schultingio, il Groppero della Rota romana, il Gambara, il Mucanzio, il Mellonio ed altri. Fra chi poi lo onorò grandemente è da porre Gian Battista Bartolini suo discepolo, che nel 1598 pei tipi Petrucci in Perugia pubblicava un *Compendium juris canonici* desumendolo in gran parte dai libri del Lancellotti, opera assai bene riuscita, e che il Vermiglioli non ha citato fra gli scritti dell'autore.

(2) Vedremo fra breve, che anco vivente il Lancellotti le sue *Institutiones* furono pubblicate insieme al *Corpus juris canonici*, ma non per autorità pontificia, com'egli ardentemente desiderava.

(3) *Praenotat. can.*, l. 5, c. 8, p. L, 30.

(4) *Instit. juris eccles.*, Parte I, Tit. 1, 83.

cantonio Cucchi, di famiglia bresciana e nato in Pavia, ove professò in quel pubblico e celebre Ateneo. Ma anzitutto le parole *necessarium inventum* di Paolo IV escludono, che il Lancellotti fosse preceduto da altri nell'idea di compilare le *Istituzioni di diritto canonico;* e poi nessuno ha mai potuto dimostrare che l'opera del Cucchi fosse nota prima del 1564, quando uscì in Venezia, mentre il lavoro del Lancellotti fu edito in Perugia nel 1563. Vero è che la prossimità delle date potrebbe far credere ad una di quelle fortuite combinazioni, per le quali uno stesso soggetto è trattato da più persone al tempo medesimo, per modo che sia arduo sapere a chi debba attribuirsene il primato. Ma i critici hanno voluto discutere solamente delle date e non del concetto informatore dell'opera, chè se di questo si fossero alcun poco dati pensiero avrebbero visto che le *Istituzioni* del giurista nostro sono veramente compilate al modo che tenne il giureconsulto di Panfilia per la compilazione delle *Istitute* giustinianee; mentre il Cucchi mirò solo ad una elementare esposizione delle dottrine canoniche senza attenersi rigidamente, come il Lancellotti fece, alle linee fondamentali dei testi che questi seguì sempre colla massima fedeltà. Nè ci stupirà poi di leggere qualche men favorevole giudizio di monsignor Bartoli, vescovo di Feltre, nella dedica delle sue *Istituzioni* a Benedetto XIV, imperocchè, come nota lo stesso Bini [1] — « non è nè strano nè nuovo che gli autori pongano in discredito le altrui fatiche a conciliare nome e credito alle proprie » —. Intanto se si leggono le *Istituzioni canoniche* del Lancellotti, è impossibile non vedere, che nella sistemazione delle materie e nel modo di enunciare i principî e dare le definizioni egli ha inteso di ispirarsi al lavoro fatto sulle fonti romane dal giureconsulto Triboniano, e quindi il massimo pregio dell'opera è suo, ossia è una concezione originale della sua mente.

L'opera è divisa in quattro libri, il primo dei quali tratta delle *persone,* il secondo delle *cose,* il terzo delle *azioni,* o dei giudizi, e il quarto dei *delitti* e delle *pene.* Nulla vi è trascu-

---

[1] Op. cit.

rato di quel che può profittare allo studio dei giovani, onde se Giustiniano aveva ben ragione di offrire le *Istitute* — « cupidae legum inventuti » — altrettanto poteva dire il Lancellotti. Ogni titolo è preceduto da un quadro sinottico delle materie, che è come un indice illustrato di esse. Nel Libro 1° sono per chiarezza e sobrietà di elocuzione, quanto per profonda dottrina e ottimo uso dei testi, notevoli le parti relative all'*jus divinum* ed alla *consuetudo*. Mirabile per riassunto felice dei canoni e perspicuità di dettato il Titolo — *De collationibus* — materia che ha dato luogo sempre a così spinose controversie. Il *giuspatronato* non poteva essere esposto con maggior limpidezza di principî, ne' suoi varî aspetti, e cioè, della sua *costituzione, acquisto* e *perdita*. Nè meno pregievole è nel 2° Libro la trattazione del *matrimonio* e de' suoi *impedimenti*. Nel 3° Libro degna di nota la parte generale — *De judiciis et eorum divisione* — e il titolo — *De probationibus* — ove il diritto canonico introdusse delle vedute affatto originali e sapientissime.

Il 4° Libro nella sua concisione contiene un'analisi accurata delle leggi canoniche riguardanti il giure penale. Al termine del volume è un'avvertenza che non si può lasciare inosservata. L'autore, sebbene da sei anni avesse condotto a fine il suo lavoro, e su di esso fosse intervenuto il giudizio di uomini dotti e illuminati, pure continuò ad emendarlo finchè non venne reso di pubblica ragione per mezzo della stampa. Infatti egli nel 1560 (come abbiamo sopra avvertito) diè in luce il *Commentarium*, il cui secondo Libro contiene una esposizione sommaria delle *Institutiones*. Tre anni dopo il Lancellotti le pubblicava e vi faceva quest'avvertenza: « Si quid diversum, lector, inveneris ab his, quae in *Commentario* jam pridem edito delineata inveniuntur, scito ea auctorem, cum ultimam operi limam adhiberet, meliora secutum, immutasse ».

5. — Quello poi che non gli era riuscito ottenere dai papi, cui ebbe occasione di esporre il suo progetto, gli concedeva il tempo, il quale per le opere mediocri è tomba più o meno onorata, ma per quelle veramente insigni è continuo accrescimento di gloria. Tralasciamo di parlare diffusamente delle molte edi-

zioni che ebbe il libro di Lancellotti, e come, vivente l'autore, Girolamo Clario le pubblicasse in Anversa, il Mureto con lettera dedicatoria a Monte Valenti da Trevi, protonotario apostolico, il Bartolini e il Timotei a Lione nel 1588 [1]; e come si avessero poi le edizioni del 1606 a Venezia, del 1658 a Tolosa con note del Sollier, a Wittemberga nel 1660 e 1669 con quelle dello Ziegler [2]. In Francia il Doujat le pubblicava nel 1681 e 1685 prendendone occasione ad illustrare il diritto ecclesiastico francese. A Firenze erano pubblicate nel 1686 coi commenti di Giovan Battista Neri da Pietrasanta; a Venezia nel 1704 con note del Bartolini, del Timotei, del Sollier e del Ricci. Di nuovo a Wittemberga nel 1710 per cura del Berger, e a Lipsia con le *animadversiones* dello Ziegler; ed altre ancora se ne hanno del 1716 e 1717 curate da Cristoforo Tommasio ecc. L'opera a poco a poco, come ognun può comprendere, guadagnò nella pubblica estimazione, onde avvenne che il poderoso lavoro del Lancellotti fosse inserito nelle collezioni canoniche, e noi dobbiamo rallegrarci che, vivente l'autore, sotto il pontificato di Pio V Ghislieri, si avesse a Basilea, sebbene non con autorità pontificia [3], la edizione delle *Istituzioni* di Giovan Paolo pubblicate nel corpo delle leggi canoniche; e che nel 1587 si facesse lo stesso nella edizione di Parigi. Seguì quella di Ginevra nel 1622, e nel 1746 quella stupenda di Torino pei tipi della stamperia regia, edizione che non trovo ricordata dal Vermiglioli.

Ad altre opere diè mano il Lancellotti tra le quali il libro

---

(1) Il Bartolini vi aggiunse le *positiones*, il Timotei poche note per ispiegare il riferimento dei passi di *gius* canonico alle fonti teologiche.

(2) Lo Struvio a proposito di queste edizioni curate dallo Ziegler dice, che i libri del Lancellotti — « non solum inter pontificios magni fiunt, sed aestimantur etiam inter protestantes ob ordinem accuratum et *formulas quas explicat canonicas* » —. Ciò dimostra che l'opera del Lancellotti si raccomanda in ispecie per le formule sapientemente ricavate dai testi.

(3) È innegabile però che Pio V favorì la diffusione dell'opera di Lancellotti, talchè si legge che le *Institutiones* furono *in Aula romana mandato Pii V ab illustribus viris recognitae.*

— « *De comparatione juris pontificii et caesarei* » — ove pose a contributo l'immensa erudizione e il fine criterio giuridico, di cui era dotato. Se a qualche opera del nostro autore meglio può essere riferita la lode, che Flavio Orsini poneva nelle parole — « amo enim vehementer ingenii illius elegantiam » — questa è la monografia — « *De comparatione juris* » —. Anche nel *Commentarium* senza dubbio vi ha sfarzo, non sempre, a dir la verità, opportuno, di letteraria erudizione; ma nel lavoro sulla comparazione tra il diritto cesareo e canonico v'è maggior brio e lucentezza di stile. Anzitutto vi si osserva uno spirito critico profondissimo e una facilità di argomentazione che cela abilmente l'arte. Egli non nega l'eccellenza del *gius* romano, di cui ricerca le origini e pone in rilievo i pregi. Ma vien poi alla critica, e mediante la citazione di testi e facendo dei casi pratici dimostra come le soluzioni date dal diritto romano fossero spesso difformi dai dettami della legge naturale. Quindi istituisce il confronto colle risoluzioni del diritto pontificio, di cui elogia la santità e la giustizia. Nel caso dell'adultera, che pel diritto della Chiesa deve esser colpita da pena *ad delinquentis salutem* e non *ad saevitiam*, egli si fa l'obbietto, che il diritto civile *studet non commodo cuiusque privati, sed communi utilitati*. E a me parve sempre mirabile la risposta del Lancellotti — « sed quantum praestat communi utilitate, singulorum etiam utilitatem coniungere, quod egregie praestat jus canonicum » —. Nè minore acume giuridico dimostra nel discutere — « de exceptione non numeratae pecuniae » —, stabilita dal diritto civile *spe futurae numerationis*, e va dicendo.

A dar saggio poi de' suoi studi letterari vien perfino all'esame dei testi romani e canonici per ciò che si riferisce alla lingua e allo stile; e qui non potendo negare, che il diritto romano supera di gran lunga il *gius* della Chiesa, ei si contenta di conchiudere — « at canonista perniciosam subtilitatem aspernatus, nihil loquitur nisi solidum, nisi quod ad usum fori, atque utilitatem hominum transferri possit » —. E qui veramente troviamo troppo benevolo il giudizio dell'autore, poichè le fonti canoniche sono sottili, prolisse e spesso barbare nel

dettato, quanto le romane delle Pandette riescono sobrie, concise, scultorie, e fior di eleganza. Il Vermiglioli ha commesso un grossolano errore nel fare della monografia — *De utriusque interpretandi ratione* — un libro a sè, mentre è tutt' una con quella di cui abbiamo ora parlato.

6. — Altri lavori importanti del Lancellotti sono i tre libri *Regularum ex universo jure pontificio*, il *Breviarium Praetorium et Curiale*, il trattato *De substitutionibus* e la *Vita Bartoli* lavoro critico intorno al grande giurista di Sassoferrato, che edita da prima nel 1576 fu nuovamente stampata nel 1735 dal Mencken. Pregievole è del pari l'*Apologia in detractores Baldi Ubaldi*, intorno alla quale ne piace intrattenerci alquanto per le ragioni che esporremo al termine del nostro studio.

L' *Apologia* edita in Perugia nell'agosto del 1562 è da Lancellotti dedicata — « ad Petrum Ubaldum Petri abnepotem » — ossia a Pietro figlio di Silvestro Baldeschi e di Battista Cavalieri romana. Egli si laureò nel 1566, e poco appresso ottenne una cattedra di ragion civile nella nostra Università. Si rese benemerito della patria per molte missioni a Roma negli anni 1567, 68, 69 e 70, e per aver supplito Lodovico Sensi nell'ufficio di Segretario dei Decemviri, carica importante e già illustrata da Tommaso Pontano e Francesco Maturanzio. Come insegnante, ebbe il merito di far cessare certi dissidi, che avevano indotto molti scolari ad allontanarsi da Perugia. Noi non vogliamo disputar qui se parecchi degli scritti attribuitigli intorno alle Decretali, al Digesto nuovo e al vecchio debbano attribuirsi invece allo zio Pietro figlio di Matteo, il quale ultimo visse nella seconda metà del secolo XV, e che fu padre di Silvestro, da cui nacque Pietro Ubaldo, l'amato discepolo di Giovan Paolo. Basti, che il Lancellotti a ragione lo indica nella lettera dedicatoria come *abnepotem Petri*, fratello del gran Baldo, e giurista così celebre da esser chiamato *doctor veritatis*. E difatti Giovan Paolo nel designare l'amico suo non fa menzione del padre di lui Silvestro nè dell'avo Matteo, di cui solo abbiamo il — « *Sermo ad Imperatorem Sigismundum* » —, ma si compiace ricordarne il bisavolo, ossia Pietro, che gareggiò di ingegno e di

attività scientifica col fratello Baldo. Nè ci sono oscure le ragioni della dimestichezza fra Paolo Lancellotti e Pietro Baldeschi. Anzitutto da lungo tempo correvano tra le due famiglie vincoli di stretta amicizia (1); eppoi Pietro aveva comune con Giovan Paolo la inclinazione agli studi letterari. E di vero il Baldeschi fu fondatore dell'Accademia degli *Unisoni*, e lasciò delle lezioni su temi diversi in essa recitate. Ingegno versatile, attese, come abbiam detto, agli studi giuridici, e sembra si occupasse per fino di arte militare (2).

Pertanto il Lancellotti nello scritto di cui parliamo, intende purgare il Baldo della nota accusa di avere adulterato un passo del Digesto per ottenere vittoria sul suo competitore Bartolo da Sassoferrato. Infatti in certe dispute, che, secondo l'opinione di scrittori bene informati, avvennero in Perugia, e non altrove, il Baldo fu tacciato di avere introdotto una variazione nella l. 7, § 2, Dig. *De distractione pignor. et hyphotec.* XX, 5 (3). Il

---

(1) Lo stesso Lancellotti nel principio del suo scritto così si esprime: — « Non minus summa, atque inveterata jam pridem inter nos amicitia, quam perpetua quaedam mea erga familiam tuam observantia efficit, ut diutius ferre non possim vetustam quandam, ac pervulgatam quidem, sed ineptam omnino, ac valde ridiculam de Baldo vestro, immo et nostro, apud homines ex fabula quadam insitam opinionem..... » —. E poco dopo il Lancellotti si augura che coll'opera sua farà cosa grata a Pietro e ai suoi: — « Ego autem non mediocrem ex eo capiam voluptatem, tum quod me tibi et tuis gentilibus rem non ingratam facturum mihi persuaserim » —. Lo scritto poi termina con questo augurio diretto al discepolo: — « Vale et utriusque juris studiis ita incumbe, ut te nostrae tempestatis homines unum ex Baldi nepotibus facile agnoscant; et quanto ad haec studia quam caeteri serius accessisti, tanto etiam caeteros (quod de Accursio tradunt) antecellere possis » —. Essendosi pubblicato il libro del Lancellotti nel 1562, e Pietro Baldeschi avendo preso la laurea nel 1566, si comprende che la dedica fu fatta da Gio. Paolo al diletto discepolo, che aveva in conto di buon continuatore della gloria degli avi.

(2) Vermiglioli, op. cit.

(3) Il Lancellotti scrive che l'accusa dai detrattori di Baldo si concretava nel sostenere — vel literam *N.* vel dictionem *Non* delevisse, vel, ut alii volunt (valde enim varie fabula haec traditur) addidisse —. Vedremo

Lancellotti con stile sfolgorante e con argomentazione stringata e persuasiva dimostra quanto risibile sia l'accusa, di avere il Baldo corrotto tutti i testi, che gli studiosi di Perugia tenevan fra mano; e come ad ogni modo riuscisse arduo compiere l'alterazione del frammento in molti esemplari, senza lasciarne tracce evidentissime. Venendo poi al nodo della disputa Giovan Paolo sostiene, che essa (se pur vera) dovette aggirarsi sull'espressione — *nullam esse venditionem* — [1] cui il Baldo voleva sostituire l'altra — *nullam esse conventionem* —. Si ricercava nel testo di Marciano, se fosse valido il patto *non alienandi* imposto dal creditore al debitore. Il Bartolo affermava, che il patto era efficace, e perciò la vendita che il debitore avesse fatto della cosa ipotecata aveva a ritenersi nulla. Baldo per contrario sosteneva non trovarsi nel testo la frase — *nullam esse venditionem* — ma l'altra — *nullam esse conventionem* o *pactionem* — e perciò, dichiarato nullo il *patto*, la vendita era giuridicamente efficace. Per questa disparità di opinioni vuolsi che il Collegio dei dottori inviasse a Pisa due legisti per verificare la lezione delle *Pandette*. Certo nel ms. pisano occorre la parola *venditionem;* ma nulla di strano, che il Baldo sostenesse il contrario, dal momento che altri mss. avevano la parola *pactionem* o *conventionem* [2]. Inoltre molti erano

---

fra breve che, ammesso pur vero il fatto, non si trattò di adulterazione, ma di una diversa lezione di testi.

[1] — « Quaeritur si pactum sit a creditore, *ne liceat debitori hypothecam vendere, vel pignus,* quid juris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque veniri possit? Et certum est, *nullam esse venditionem,* ut pactioni stetur » — (l. 7, § 2, Dig. XX, 5). Il Baldo, seguendo qualche ms., che conteneva la parola *pactionem* anzichè *venditionem,* dovette interpolare un *non* nell'ultima parte del testo, e leggere *ut pactioni* non *stetur.*

[2] Nella glossa alla legge riferita nella nota antecedente si legge: — « Si habes *venditionem* valet pactum . . . . si habes *pactionem* vel *conventionem* ut *quidam libri habent* planum est, et pro hac jam de precario, l. cum precario » —. E questa legge (fr. 12, Dig. XLIII, 25) dice: — « Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in calendas Iulias precario possideat, nunquid exceptione adiuvandus est, ne antea ei possessio

i casi disputabili circa la validità del *pactum non alienandi*, e lo stesso Bartolo, parlando della l. 114, § 14, Dig. *De legatis*, I, Lib. XXX, 1 [1], afferma che le parole — *nullius esse momenti scripturam* — debbono interpretarsi nel senso, che il divieto di vendere imposto all'erede non ha valore giuridico, e per conseguenza l'alienazione è valida. Egli aggiunge però, che in altri casi il patto tiene, e cita in proposito la l. 7, § 2, Dig. XX, 5, e la legge 135, § 3, Dig. *De verbor. obligat.*, XLV, 1 [2].

Ora se si ha riguardo alle serie difficoltà di interpretazione che presentano i testi da noi ricordati e molti altri che per brevità si tacciono, nulla di inconcepibile che anco nel caso della l. 7, § 2, Dig. *de distract. pignor.* si sostenesse *razional-*

---

auferatur? Sed *nulla vis est huius conventionis*, ut rem alienam domino invito possidere liceat » —. E Bartolo glossa : — « Pactum contra substantiam contractus est nullum » —.

(1) — « Divi Severus et Antoninus rescripserunt, eos qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint » —.

(2) — « Ea lege sibi donatum esse a Seia servum et traditum, ut ne ad fratrem eius, aut filium, aut uxorem, aut socrum perveniret, scripsit; et haec ita stipulante Seia, spopondit Titius, qui post biennium haeredes reliquit Seiam et fratrem cui ne serviret expressum erat; quaeritur, an Seia com fratre cohaerede ex stipulatu agere possit? Respondit: posse in id quod eius interest » —. E il Bartolo annota : — « Prohibitio alienationis in contractu non impedit translationem dominii, licet contra faciens ad interesse teneatur » — Cfr. ancora le opinioni dei due giuristi sulla Cost. 3, Cod. *De condict. ob caus. dat.* IV, 6, riguardante il *pactum non alienandi* nella donazione, rispetto alla qual legge ci parve sempre alquanto sibillina l'opinione del Baldo, quando scrive — « pactum in donatione appositum ne liceat donatario alienare, operatur, quod aut pactum servetur, *aut res donata condicatur ab eo* » —. Ma se è possibile agire per la rivendicazione della *cosa*, e non solo per l'*id quod interest* (com' è il caso della l. 135, Dig. XLV, 1), vuol dire che la vendita non è valida, e che la trasmissione del dominio non si è operata. Dunque il patto è rivestito di efficacia *specifica* per modo da annullare, se non osservato, l'alienazione. Il testo invece riserva solo al donante o all'erede di lui la *conditio ob causa etc.*

mente l'efficacia della vendita, e che tale opinione si credesse corroborata dai testi che recavano la parola *pactionem* o *conventionem* (¹). L'esame del testo *pisano* tolse ogni dubbio, e il Bar-

---

(¹) Del resto è noto ai cultori del diritto romano, che la odierna critica ha formulato essa stessa dei seri dubbi sul testo in questione fino al punto da ritenerlo errato o interpolato, appunto perchè il suo contenuto apparisce difforme dalla generale teoria della proprietà e del patto dell'ipoteca. E di vero, ognun sa che anco presso i romani era principio incontestabile, che il fondo ipotecato passasse nel compratore col gravame della ipoteca; e tutti i casi formulati nelle leggi cospirano a farci ritenere, che nullo fosse il *pactum non alienandi*, anzichè nulla la vendita posta in essere contro tal convenzione. Si pensi alla natura speciale del diritto d'ipoteca così luminosamente dimostrata nei fr. 20, Dig. *de pignorat. act.* XIII, 7, fr. 16 pr. Dig. *de pignor.*, XX, 1, Cost. 7, Cod. *si aliena res pignori*, VIII, 16, fr. 16, § 7, Dig. *de pignor.* XX, 1, fr. 158 Dig. *de reg. jur.* L, 17, fr. 11, § 1, e fr. 31 Dig. *de pignor.* XX, 1 ecc.; e sarà d'uopo concludere che la discussa l. *si creditor*, intesa nel modo che vuolsi sostenuto da Baldo, era pienamente conforme a tutto il sistema romano relativo alla proprietà e all'ipoteca, mentre non può dirsi altrettanto della legge stessa secondo la versione del Bartolo. Ne piace osservare inoltre, che dal testo medesimo di Marciano risulta chiarissima l'accusa di difformità della data soluzione dall'*jus* prevalente nella materia. Infatti il giurista ci dice, che il dubbio sulla validità del *pactum non alienandi* era sorto appunto perchè si riteneva essere cotesta pazione *contra jus posita*, per cui il testo rappresentava un'eccezione, che a noi apparisce inesplicabile. Aggiungiamo poi, che se un errore di compilazione è occorso nel fr. che si esamina, esso consiste nell'avervi scritto oltre la parola *pignus* anche la parola *hypothecam*. Infatti se si trattasse di pegno, che ha per elemento sostanziale il *possesso* del creditore sulla cosa pignorata, si comprenderebbe la validità del *pactum non alienandi*, in quanto il compratore potrebbe pretendere il possesso della cosa acquistata e diminuire così le guarentigie del creditore, che volle avere in *pugno* ciò che gli si accordava per sicurtà del suo credito. E questo diciamo perchè in *gius* romano il pegno si dava anco per gl'immobili (sebbene la l. 238, § 2, Dig. *De verb. signif.* osservi che alcuni ritengono « pignus *proprie* rei mobilis constitui »); e la differenza fra pegno e ipoteca consisteva in ciò, che nel primo avveniva la tradizione della cosa al creditore, e nella seconda si costituiva solo un diritto sulla medesima, quantunque fosse in possesso del debitore o di un terzo (fr. 238, § 2, Dig. *de verb. signif.* L. 16, Cost. 7, Cod. *de pignor. act.* IV, 24, Cost. 7, 8 Cod. *de praescript. XXX vel XL ann.*,

tolo non dimenticò, annotando la legge, di accennare a questa vera lezione del frammento. Ma il Lancellotti sostiene ancora che questa disputa il Bartolo non ebbe con Baldo, sibbene con Francesco di Accursio ([1]). Non discutiamo di ciò, e diciam solo che dall'opera di Lancellotti apparisce, che se non fu favola il fatto in sè, la disputa dovette svolgersi lealmente da ambe le parti.

Il Lancellotti poi ci informa di un vivace dibattito avuto con un legista a proposito dell'accusa lanciata contro il Baldo·

VII, 32, fr. 9, § 2, Dig. *de pignor. act.* XIII, 7 ecc.) — Si può osservare ancora che lo stesso Marciano, dalle cui opere fu tolto il fr. in esame, è pur quegli che scrisse : — « *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt* » (fr. 5, § 1, Dig. *de pignor.* XX, 1), nozione errata e atta a confondere un contratto vero e proprio (*contractus pignoratitius*) con un patto (*pactum hypothecae*), aventi caratteri essenziali profondamente distinti. Non ci meraviglia dunque, che lo stesso giurista nella l. *si creditor* abbia riprodotto il medesimo errore e dato una soluzione unica per il caso dell' ipoteca e del pegno; mentre, se mai, l' eccezione contenuta in quella l. poteva acconciarsi al caso del pegno e non a quello dell' ipoteca. In sostanza, se fu vera la disputa accennata dagli storici, è mestieri concludere che Baldo si appose al vero nella critica del testo, che il Bartolo aveva accettato. Rispetto poi alla possibilità di varie lezioni del testo esistenti in Perugia, è cosa che potrà dimostrarsi coi documenti alla mano. E perciò da qualche tempo abbiamo diretto le nostre ricerche al ritrovamento dei Codici, che si adoperavano dai lettori di diritto nei secoli XIV e XV. Le pergamene fino ad ora raccolte dimostrano che poche non furono le varianti, e che i legisti dello Studio non seguivano una *litera* sola, ma or questa or quella, e spesso interpolavano, o, glossando, correggevano i testi. Ma troppo scarso è fino ad ora il numero delle carte rintracciate perchè vi sia prezzo dell'opera a parlarne a' nostri lettori. Lo faremo, quando ci sarà possibile istituire confronti e precisare anco a chi appartenessero taluni dei Codici in parte da noi ritrovati. Il lavoro continua indefesso, e ci auguriamo di poterne dare fra breve qualche non inutile saggio.

([1]) E non Accursio, come scrive erroneamente il Vermiglioli. Infatti ognun sa, che, ai tempi del Bartolo, Accursio non viveva più, e ne continuavano l'opera i figli Francesco e Cerviotto, onde il nome di *glosse cerviottiane* dato alle loro aggiunte. V' è poi chi sostiene che la disputa, di cui è parola, Bartolo l'avesse con Francesco Tigrino da Pisa, suo collega nell' Università di Perugia, e di ciò fu cenno anche il Lancellotti.

Narra che trovandosi a Roma parlò di questo soggetto con un giureconsulto — *virum multae lectionis ac magna memoria praeditum* — ([1]), il quale non faceva buon viso agli argomenti di Giovan Paolo, perchè, secondo lui, Baldo stesso aveva confessato la sua colpa scrivendo, che a causa della famosa l. 7 era stato fatto *vescovo,* ossia, per ordine del Collegio dei dottori, esposto agli scherni del popolo con una mitra di carta in testa. Il Lancellotti gli risponde, che mai aveva incontrato nelle opere di Baldo cotesto passo, e l'altro replica di averlo letto e che era pronto a mostrarglielo. La disputa si accende, e i due giuristi si recano nella pubblica biblioteca, dove l'avversario del Lancellotti — « sumptis in manus operibus Baldi, locum quem se ad manus habere et mihi se statim ostensurum affirmaverat, diu multum perquisivit, sed cum nusquam inveniret, quaerendo lassus suam mihi patefecit vanitatem, qui se id perlegisse affirmaret, quod nusquam apud Baldum reperiretur » —. Dopo ciò il nostro giureconsulto spiega come cotesta frase sia stata forse inserita in qualche esemplare da dei malevoli, e cita esempi consimili. Lo scritto termina con parole di glorificazione alla memoria di Baldo, e coll'augurio, che, dopo una tal difesa, la turpe calunnia sia per sempre distrutta. E si appose al vero, chè gli scrittori venuti dopo di lui, come il Pancirolo, il Gravina, il Tiraboschi, il Fabroni, il Bayle ed altri ebbero quel fatto e quell'accusa in conto di favola insidiosamente inventata a danno del sommo giureconsulto perugino.

Vi sono poi del nostro autore altri scritti di minor conto, come i carmi disseminati qua e là; ad es. l'ode latina — *De laudis Augustae Perusiae* — da lui prediletta, perchè il papa Gregorio XIII (anno 1572-1585) l'aveva fatta riferire in parte nella galleria papale, che volle ornata con le tavole corografiche di Ignazio Danti, altro illustre perugino.

Fra le opere del nostro giureconsulto non trovo dal Vermiglioli e dagli altri biografi citata la *Praelectio de testamentis*

([1]) Il Lancellotti non ne ricorda il nome.

et ultimis voluntatibus, edita a Venezia nel 1606, e che pure è pregievole, non foss' altro per quella originale classificazione de' varî generi di *perpetuità*, che son concessi all'uomo per quanto sia creatura mortale.

Non è a dire poi come concittadini e colleghi lo tenessero in grande onore. Egli fu dei giureconsulti, cui il collegio della Facoltà nel 1579 diede incarico di comporre il responso per la successione di Ranuccio Farnese al trono di Portogallo. Anzi ci pare non indegno di esser notato, che il Lancellotti fu con ogni probabilità l'estensore del consulto, cui presero parte Marcantonio Eugeni e Rinaldo Ridolfi, e ciò perchè nella copia autentica, che se ne conserva nell'*Archivio universitario* (e che ci auguriamo di dar presto alle stampe) appariscono delle correzioni che ci sembrano di mano del Lancellotti [1].

---

[1] Il Vermiglioli e il Bini dicono che *quattro* furono i relatori, ma nella copia autentica sopra notata non figurano che *tre*. Ecco il verbale di approvazione e consegna del parere: — « Ego Mariottus Antinorus de Perusia publicus utraque auctoritate notarius et judex ordinarius, almique Collegij Clarissimorum Dom.rum juris Pontificii Caesareique Doct.rum Augustae Civitatis perusinae notarius et scriba, quia suprascripti Consilij elaborati mandato dicti celeberrimi Collegij ab [Excellentissimis] Jurisconsultis

D. Io. Paulo Lancellotto
D. Marcant.o Eugenio
D.o Ranaldo Ridolphi

et subinde more solito saepius et demum *(il ms. è per lacerazione incompleto al fine della pagina)* . . . . coadunatis recitati, et ab illis uni [versis eiusdem Collegij doctoribus] maturo inter eos colloquio et disceptatione habita, recepto et misso partito ad palluctas albas et nigras de more legitime, solenniter et concorditer per secreta suffragia obtenti et approbati recitationi receptioni et approbationi servatis servandis, factae interfui et de superioribus [illegible] rogatus extiti, ideo consilium uti supra redditum et descriptum de [illegible] verbum, de mandato praefati domini Ranaldi Rodolphi dicti C[illegible] prioris solito sigillo dicti Collegij munivi et vero meo signo [illegible] um omnium fidem, robur ac testimonium. A[illegible] Per[illegible] Baptistae de Platea sito in medio fere Plate[illegible] sua latera, sub anno Domini millesimo [illegible] nono, Indictione

Invano nella ispezione delle carte dell'Università abbiamo cercato qualche altra notizia sulla vita del Lancellotti. Due volumi di deliberazioni del Collegio, a cui Giovan Paolo assiduamente interveniva, son così guasti, che non è possibile decifrarvi alcun che, tranne qualche nome o frase. Rimane di lui un autografo nella deliberazione adottata ai 3 luglio 1584, quando fu discusso circa l'esame dato a certo Giulio Francolini. Costui aveva ricevuto due voti sfavorevoli in diritto pontificio e tre in diritto cesareo, e perciò era stato riprovato. Il vescovo volle che i dottori si adunassero per esaminare meglio la cosa, e fu ritenuto, che i voti di disapprovazione fossero stati dati per errore. Al termine del deliberato si veggono le firme de' varî giureconsulti, e Giovan Paolo dichiara avere il Francolini preso un buon esame per modo da meritarsi la promozione — *nemine penitus* — e cioè a pieni voti (1).

7. — Il Lancellotti si unì in matrimonio con Marietta Alfani, da cui ebbe più figliuoli, e che era forse congiunta di quel Bernardino Alfani, del quale nel 1570 Giovan Paolo rivide

---

septima, Pontificatu Sanctissimi in Christo patris et D. N. Domini Gregorij divina provvidentia papae Xiij, die uno lunae octava mensis junij » —.

(1) Vedi pei particolari nei varî gradi di promozione al dottorato il nostro *Regesto dell'Archivio universitario* (Cod. XII, C, Parte 1a), perchè se la frase *nemine penitus* significava in tutte le Università italiane piena approvazione, in Perugia nel 1586, per opera del vescovo Ercolani, furono introdotte alcune modificazioni a questo statuto non inutili a conoscersi. Rispetto al documento riguardante il Francolini, è curiosa assai l'attestazione di Sforza Oddi, uno dei più illustri canonisti del tempo: — « Io Sforxa de Oddo mi trovai presente al dottorato del suddetto Giulio, et fo fede qualmente recitò l'uno et l'altro punto canonico et civile senza mancare in cosa alcuna, et anco repigliò gli argomenti, et rispose all'uno et all'altro, et solo nella risposta dell'argomento canonico replicò una o due volte la solutione, non parendoli haverla esplicata a suo modo, che potè forse offendere le orecchie di alcuno, ma mi ricordo essermi trovato al dottorato di molti altri che non hanno recitato sì bene i punti o hanno risposto li promotori per loro alli argomenti, et nondimeno sono passati *nemine penitus atque penitus* » —. Non pare sia questa una requisitoria a quegl' insegnanti che suggerivano le risposte ai discepoli?

le *Collectanea.* Non ricco e con molta famiglia, il nostro giurista era di sovente stretto dal bisogno, e si rileva dal cenno che fa di queste sue non agiate condizioni al cardinale Sirletti, allorchè nella lettera più sopra citata, così scrive: — « Se le paresse che io passassi i termini della modestia in scriverli di questo tenore, scusimi il trovarmi la famiglia grave ed un buon numero di figliuoli, che mi trovo » —. Fra i quali fu quel Francesco nato nel 1573, e che laureato nel 1596, lesse diritto a Perugia e quindi a Pisa, dove il Fabroni sostiene esser morto, mentre ho io motivo di credere che passasse di questa vita al suo ritorno in Perugia tra il 1612 e il 1614. Pare che egli fosse seguace delle buone tradizioni paterne, onde il Bonciario scrivendogli, così da lui si accomiatava: — « Vale, illustris adolescens, et perge alacriter, quo te tua indoles et paternum urget exemplum » — [1]. Questo figlio non era però il primogenito, chè altrimenti lo troveremmo ricordato nell'epigrafe collocata al sepolcro del padre nel 1590, dove invece si fa menzione solo del figlio Orazio, che qualche scrittore erroneamente ritenne avere abbracciato lo stato ecclesiastico, giungendo all' onor della porpora. E di vero vi fu un Orazio Lancellotti, che, come narra il Mariotti [2], venne a studio a Perugia, ma non è da confonderlo col figlio del nostro giureconsulto. Il Vermiglioli però alla sua volta erra quando sostiene che Orazio, divenuto poi cardinale, nacque più di trent' anni dopo la morte di Giovan Paolo; ed erra perchè nella matricola degli scolari sotto dì 23 novembre 1591 si vedono iscritti di proprio pugno Orazio e Giovanni Battista Lancellotti *romani.* Ora, quanto al tempo, nessuna difficoltà vi sarebbe a ritenere cotesto Orazio figlio del Lancellotti nostro. Ciò che assolutamente lo esclude è la qualifica di *romano* datasi da Orazio stesso nella matricola degli scolari. L'essersi poi Orazio e Giovan Battista iscritti all'Ateneo perugino nel 1591 impedisce di aggiustar fede alla congettura

---

(1) Vermiglioli, op. cit.
(2) *Auditori di Rota*, pag. 94.

formata dal Vermiglioli, e cioè, che Orazio e Giovanni fossero nati da un Giovan Paolo *romano*. Infatti l'iscrizione riferita dal biografo assegna a Giovanni, presunto fratello di Orazio, l'età di anni 58 al 1670, e perciò sarebbe nato nel 1622, ossia trent'anni dopo che Orazio, nipote del cardinale Scipione Lancellotti, si annotò nella matricola dello Studio perugino (1). Ma altro riscontro abbiamo per dimostrare che Orazio di Giovan Paolo Lancellotti *perugino* non vestì l'abito ecclesiastico e non fu cardinale, ed è, che egli, restato in patria, fu più volte capo del magistrato cittadino negli anni 1614, 1624, 1634 e 1642 (2).

8. — Incerto è per gli scrittori il tempo della morte di Giovan Paolo. L'Oldoino assegna l'anno 1589 o il 1590 o il 1591; il Vermiglioli e il Bini ritengono che l'epoca precisa fosse il 23 settembre 1590; ma tutti sono incorsi in errore. Noi possiamo coi documenti alla mano dimostrare che nel 1588, quando l'illustre giureconsulto contava sessantasei anni di età, era assiduo alle adunanze del Collegio (3). Nel 1589 di maggio lo vediamo intervenire a tutti gli esami di laurea (4); solo nel giugno sembra essersi infermato, perchè si legge che nell'esame di Giovan Battista Pinolo di Gubbio, Marcantonio Eugeni e Valerio Arrigucci assisterono *nomine eorum et excellentissimorum dominorum Io. Pauli Lancellotti* etc. Poco appresso, risanato della lieve malattia torna fra i *promotores* in diritto canonico (5) dei quali fa parte nel luglio e nell'agosto dello stesso anno 1589. La sua malferma salute l'obbliga nel dicembre a farsi sostituire da Cornelio Benincasa (6), ma nel febbraio 1590 lo rivediamo agli esami (7). Così è chiarito che la morte di lui

---

(1) Ecco l'epitaffio riportato dal Vermiglioli — « Hic jacet Joannes Lancellottus, j. u d. io. p. filius aetatis suae ann. XLVIII. Obiit XII maii an. MDCLXX » —.

(2) Lancellotti, *Scorta sagra*, 27 dicembre.

(3) *Arch. univ.* Cod. IV, B1, P. 1a.

(4) Cod. XIII, C.. P. 1a, carte 49.

(5) Cod. eod., carte 58, t.

(6) Cod. eod., carte 64, t.

(7) Cod. eod., carte 65, t.

non può ascriversi al 1589, come è certo che ormai una qualche infermità lo travagliava. Infatti nel marzo del 1590 è di nuovo sostituito dal Benincasa (1). Torna nell'aprile, nel giugno e nel luglio agli esami, e si nota solo qualche assenza nel maggio, nella quale fa le sue veci lo stesso collega Benincasa o il Ridolfi. Il Bini e il Vermiglioli opinano, come si è visto, che mancasse ai vivi nel 23 settembre del 1590; ma ciò è inesatto, perchè nel 24 ottobre di quell'anno egli è tuttora in vita, e si fa sostituire dal priore del Collegio (2). È certo invece che egli era morto al 5 decembre, perchè il suo nome non è più ricordato nei verbali che abbiamo avuto sott'occhio. Egli morì dunque il 23 novembre del 1590 (3).

9. — Largo fu il compianto per la sua morte, e su di essa fece il Massini un' elegia in versi (4). Ebbe solenni funerali, e venne sepolto in S. Francesco, dove si collocò una lapide con iscrizione da lui stesso dettata, e alla quale il figlio Orazio aggiunse le ultime parole e il busto dell' estinto incrostato in bronzo.

IO · PAVLVS · LANCELLOTTVS
QVI · FVERIM · ET · QVID · VIVENS · EGERIM · SI
QVAERIS · HOMINEM · FVISSE · SCITO · ME · QVEM · PA
RANDIS · FLVXAE · VITAE · COMMODIS · INTENTVM
NEC · OPINANTEM · MORS · OPPRESSIT · TV · SI · SAPIS
ALIENA · STVLTITIA · AD · TVVM · COMPENDIVM
VTERE · IDEM · ENIM · TE · CITO · MANET · CASVS · QVAM
DIV · VIXERIM · QVAVE · MORTE · OBIERIM · EGO · NEC
DIVINARI · POTVI · ET · TVA · NIHIL · INTEREST · SCIRE ·
HORATIVS · LANCELLOTTVS · FILIVS · POSVIT ·

(1) Cod. eod., carte 69 t.

(2) Cod. eod., carte 72 t. e carte 86.

(3) Fa meraviglia che il Vermiglioli e il Bini siano stati tratti in errori dai libri necrologici della Chiesa di S. Francesco e dei Filippini; ma non è improbabile un errore tra l' indicazione del *settembre* e del *novembre*, quando si pensi alla grafia del tempo. Pertanto le indicazioni chiarissime che ci danno i verbali dell'*Arch. univers.* non temono smentita.

(4) *Rime*, pag. 123.

Questo deposito così prezioso esisteva ancora ai tempi del Mariotti, ed egli narra che si trovava prima nella chiesa vecchia di S. Francesco in Porta Santa Susanna, e che poi venne con altri collocato nel portico del primo chiostro annesso per lodevole premura del padre Modestini [1]. Se non che il Vermiglioli ci avverte che il sepolcro, ai suoi tempi, era già *rovinato e quasi distrutto come ivi ad altri avvenne.*

Or volendo noi rintracciare i resti del mausoleo di Lancellotti ci recammo nel chiostro di S. Francesco, devastato in tempi remoti e vicini da ogni sorta di barbaro vandalismo, e nulla vi rinvenimmo della memoria, che il figlio Orazio volle consacrata al nome del padre suo [2].

Non per questo credemmo inutili altre ricerche dirette allo scoprimento della lapida; tanto più che persone degnissime di fede ci testimoniavano, che circa quarant'anni or sono essa si trovava ancora nel chiostro al luogo indicato dal padre Modestini. Visitammo senza profitto alcuno la Chiesa e la Cappella, ora destinata ad uso di sacristia, e per poco non disperammo di ritrovare questa preziosa memoria del nostro giureconsulto. Se non che, avvertiti che in un fondo dell'ex-convento giacevano molte pietre ammassate durante le varie vicende dell'antico monumento, in breve giungemmo a ritrovare intatta la iscrizione sepolcrale dedicata a Paolo Lancellotti, e altre an-

---

(1) Mariotti, op. cit., pag. 95.

(2) Il Modestini nella « Descrizione della Chiesa di S. Francesco » (Perugia, 1787, pag. 53-60) ci informa, che nel primo Chiostro, e precisamente nell'ala sinistra erano a' suoi tempi: 1.° il busto di Laura Alessi in Martinelli; 2.° il busto di Francesco Martinelli figlio di Laura Alessi e di Costanzo Martinelli; 3.° il *deposito tutto di marmi colla testa in bronzo e busto rivestito di pelliccia ad uso del Collegio dei Dottori legisti rappresentante Gio. Paolo Lancellotti;* 4.° gran busto rappresentante al naturale *Bartolo Alfani,* che nell'antica Chiesa stava a lato dell'altare della famiglia Alfani sopra un gran tumulo ornato di molte statue di stucco con l'epigrafe « *Ossa Bartholi* » che fu collocata, essendo di marmo, nell'arco della Cappella eretta nella Chiesa restaurata. Sopra quel ritratto vi era la scritta: « *vera Bartoli effigies; ob. 13 Julii 1359 aet. 46* ».

cora ne scoprimmo appartenenti ad illustri perugini, come, ad es., il Coppetta celebre poeta, che morì in Perugia nel 1553 e fu sepolto in S. Francesco, dove, in seguito al mutamento nell'architettura della Chiesa, nessuna memoria restò più del suo nome ([1]).

Rintracciata la lapida del Lancellotti, ci venne in pensiero di proporre che venisse trasferita all'Università, e fummo lieti di vedere la nostra proposta, annuente il patrio Municipio, accolta con gradimento dall'esimio Rettore comm. Giuseppe Bellucci, e riconosciuto, che occasione propizia alla traslazione di quel pio ricordo era la solennità delle feste centenarie per Baldo, che nell'aprile venturo saranno celebrate in Perugia; in quanto il Lancellotti abbia levato per primo la sua voce autorevole in favore del grande giurista. In tal modo i nomi del Baldeschi e del Lancellotti si troveranno associati nella prossima ricorrenza del V centenario dalla morte di Baldo. Questi primo tra i giureconsulti perugini nella ragion civile, il Lancellotti primo tra quelli che più illustrarono le dottrine canoniche avranno insieme solenni onoranze.

Veniamo ora alla pubblicazione del verbale dell'esame di laurea subìto da Giovan Paolo Lancellotti nel 22-23 settembre del 1546:

Eisdem millesimo [MIIIIJ XLVJ] indictione [IIIJ] pontificatu [tempore domini nostri Paulj divina providentia pape IIJ] quibus supra, et die mercurij XXIJ septembris actum in palatio episcopali.

([1]) Anche questa iscrizione verrà trasferita nella perugina Università. Essa fu dettata da Lodovico Sensi, ed è del seguente tenore: — *Francisco Coppetta Beccuto — Ingenio manuque prompto — Musarum amico — Multis animi dotibus ornato — Obiit anno aetatis suae XLIV — Anno vero domini MDCIII.* — La frase — *ingenio manuque prompto* — sembra alludere al fatto, cui il Cavallucci nella biografia del poeta accenna, e cioè che Francesco Coppetta trattasse, al pari de' suoi fratelli, le armi.

Excellentissimi utriusque juris doctores D. Philippus de Ubaldis primus promotor in jure canonico, et D. Arrigutius de Arrigutiis, Guillelmus Pontanus, Julius Oradinus et Restaurus Castaldus promotores in jure civili infrascripti domini Johannis Pauli Lancillottj Perusii presentaverunt omni meliori modo;

Coram Reverendissimo Domino Francisco Bernardino Symonete dei et apostolice sedis gratia episcopo perusino existente in supra dicto loco prefatum Dominum Paulum Lancillottum, cui petierunt assignari puncta in utroque jure, et crastina die dicta punita hora solita per eum recitari more solito. Qui Reverendus dominus episcopus perusinus existens in supra dicto loco, auditis predictis ac audita petitione dictorum promotorum, eidem domino Paulo perusino sunt de mandato prefati episcopi assignata infrascripta puncta in utroque jure, videlicet.

C. *jure debes. VIJ,ª questio prima* (1).

---

(1) Questo testo è senza dubbio il cap. 8° della Quaes. 1ª Caus. VII Decr. P. 2ª, intitolato, *Suo jure quis cedere non debet.* « Quam periculosum sit in Divinis rebus, ut quis cedat jure suo, et potestate, scriptura sancta declarat, cum in Genesi Esaù primatus suos inde perdiderit, nec recipere id postmodum potuerit, quod semel cessit ». Questa legge si riferisce al fatto di Papa Cornelio, che volle rinunziare al Papato a causa delle tribolazioni, che gli arrecava Novaziano. Alla contesa avuta con lui si riferisce anche il cap. 6°, che incomincia colle parole — *Novatianus episcopus non est* — bellissimo testo relativo alle cagioni di legittimità o illegittimità nell'ufficio vescovile. Ma Cipriano esorta Cornelio a non abbandonare la sedia di Pietro, perchè rinunziata la tiara non avrebbe più potuto riacquistarla. — Il testo pertanto offrivasi a disputare circa il principio — « *qui jure pro renuntiat illud repetere non potest* » — come la citazione del passo del *Genesi* invitava a discutere sulle origini storiche della primogenitura, e sui varî diritti che essa conferiva. Il tratto del Genesi allegato nel testo è il cap. XXV, di cui son notevoli le parole di Esaù, il quale rispondendo a Giacobbe che gli diceva: — « Vende mihi primogenita tua » — così si esprime: — « En morior, quid mihi proderunt primogenita? » — Questo testo dunque potè esser fondamento ad una larga trattazione di storia giuridica.

C. *consuluisti. In celebratione missarum* (1).

L. *nulla societatis, ff. Pro socio* (2).

L. *ea que pater. C. ex quibus causis infamia irrogetur* (3).

Eisdem millesimo indictione pontificatu quibus supra, et die jovis XXIIJ septembris actum perusie in sacristia ecclesie sancti Laurentij, presentibus domino Philippo domini Mathei notario collegij doctorum pro jure canonico et pro jure civili et Universitatis studij perusini et Sebastiano Andree bidello predicti studij testibus etc.

Prefatus dominus Johannes Paulus existens in supradicto loco coram prefato reverendissimo domino episcopo, sedentibus promotoribus in quadam sedia lignea existentibus in supradicto loco et juris canonici tamquam et civilis doctoribus, per dictam suam lecturam et examen privatum et recitationem punctorum sibi jure civili et canonico ut supra assignatorum. In dei no-

---

(1) « Consuluisti (*et infra*): Respondemus, quod excepto die Nativitatis Dominicae, nisi causa necessitatis suadeat, sufficit sacerdoti semel in die unam missam solum modo celebrare (Capo III, Tit. XLI, *De celebrat. missar. et sacr. eucharist. et divin. offic.* Lib. III, Decretal.). Questo testo si connetteva allo svolgimento del tema giuridico, così ampiamente trattato dai canonisti, a proposito delle parole *nisi causa necessitatis* — il tema cioè — *necessitas non facit licitum quod alias est illicitum* —.

(2) « Nulla societas in eternum coitio est » fr. 71 Dig. Lib. XVII, 2, testo al quale si ricollegavano eleganti questioni circa il passaggio nell'erede della *societas vectigalium*, circa la stipulazione penale, e circa il punto della rinnovazione di precedenti obbligazioni, contratte *ex causa onerosa* per mezzo di cotesta *stipulatio*.

(3) « Ea quae pater testamento suo filios increpans scripsit, infames quidem filios iure non faciunt; sed apud bonos et graves opinionem eius, qui pater displicuit onerant » Cost. 13, Cod. Lib. II, Tit. 12, *Ex quibus causis infamia irrogatur*. Questo tema richiamava all'esame della Cost. 17, *verbum*, importantissima in materia di non irrogazione dell'infamia, e della Cost. 19, *Interlocutio*, pure assai rilevante. La discussione potè dar luogo poi all'esame del fr. 20 di Papiniano (Dig. Lib. III, 2, *De his qui notantur infamia*) e di tutto il Titolo; e in particolar modo della legge *etiam militibus* (fr. 1, Dig. lib. XXXVII, 15, *De obsequiis*), del fr. 2 *honori parentum*, del fr. 5 *parens patronus etc.*, e del fr. 7 e 11.

mine intravit in uno quidem examine lectura et recitatione punctorum. Ita et taliter se gessit in legendo et declarando glossando interpretando recitando puncta sibi assignata et exponendo prius in jure canonico et deinde civili nodosos et difficiles textus juris civilis et canonici, bene et eleganter ac magistraliter exponendo allegando ac notabilia colligendo ac dubiis respondendo docte et subtiliter et eleganter ac sufficienter faciendo, ab omnibus et singulis doctoribus dicte facultatis juris civilis et canonici in sufficienti numero congregatis fuit solepniter ac nemine discrepante obtemptus primo in jure canonico et deinde civile per omnes literas in A *redditas* (1).

Qui Reverendus dominus episcopus ut supra sedens visis auditis predictis pronuntiavit et declaravit doctorem D. Io. Paulum in jure civili et canonico, dans et concedens eidem domino Jo. Paulo licentiam et facultatem cathedram ascendendi legendi glossandi interpretandi et alios actus doctoreos juris civilis et canonici faciendi sicut soliti sunt facere alij doctores in jure civili et canonico graduati.

Die 4 octobris 1546 (2).

Ego Franciscus Bernardinus Simoneta episcopus perusinus fateor me recepisse in effectu a Ser Gabrielle Alp.º notario Curie episcopalis perusie tam pro rata mea, quam vicarii, quia ego personaliter interfui sine vicario doctoratui infrascriptorum:

Primo pro doctoratu D. Jo. Pauli in utroque jure, cui fuit facta gratia trium scutorum valoris viginti et unius grossi

---

(1) Le schede o *literae* erano contrassegnate con A (approbatio) o con R (reprobatio).

(2) Questa è la quietanza, che ad ogni sessione di esame si legge in calce ai verbali redatti dal notaro del Collegio.

pro quolibet scuto — grossos undecim, grossos XI et quitrino XI

. . . .

. . . .

. . . .

. . . . (1)

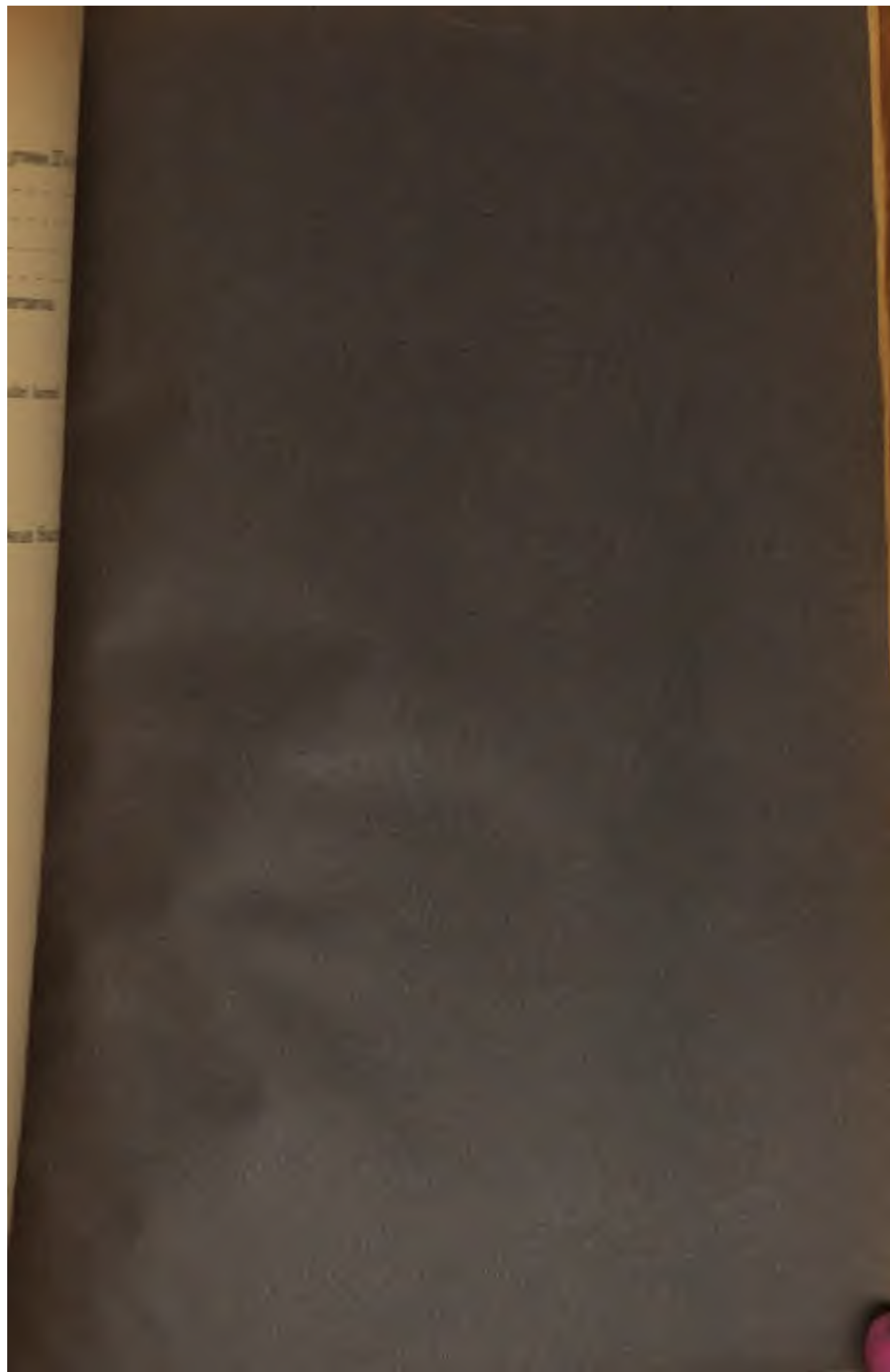
Fran.s Bernar.s Simi.s episcopus perusinus.

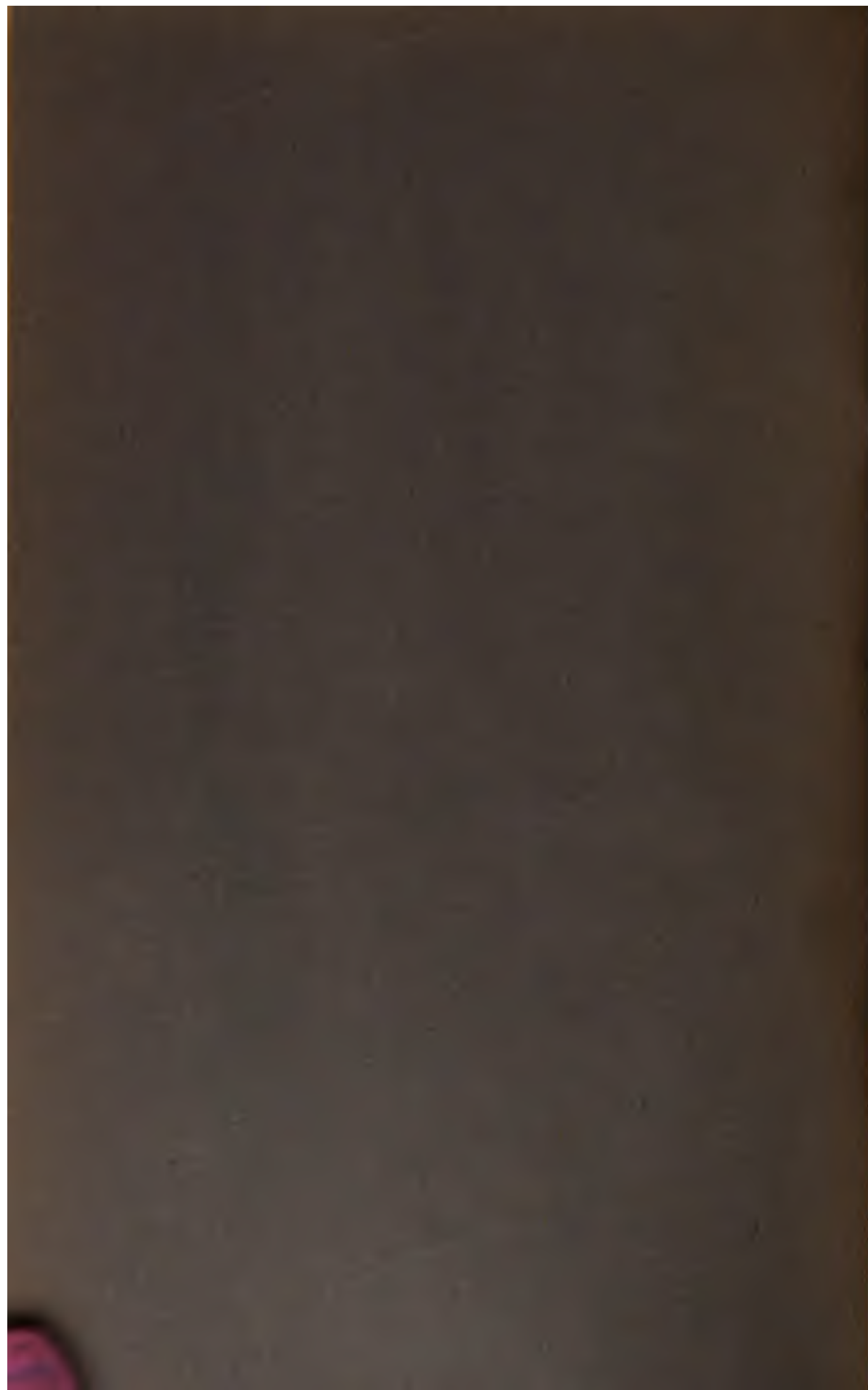
---

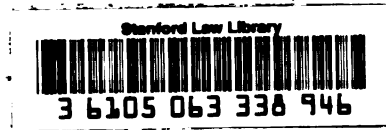
(1) Crediamo inutile riferire i nomi degli altri laureati.

Perugia, 12 marzo 1900.

Prof. Oscar Scalvanti.






Stanford Law Library
3 6105 063 338 946